

A-620-86

A-620-86

**International Fund for Animal Welfare, Inc., Steven Best and Brian D. Davies** (*Appellants*)

v.

**The Queen, the Minister of Fisheries and Oceans, the Minister of Justice and the Attorney General of Canada** (*Respondents*)

INDEXED AS: INTERNATIONAL FUND FOR ANIMAL WELFARE, INC. v. CANADA

Court of Appeal, Mahoney, Hugessen and MacGuigan JJ.—Toronto, March 22 and 23; Ottawa, April 19, 1988.

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental freedoms — Freedom of expression — Appellant advocating abolition of seal hunt — Using helicopters to ferry media people to hunt scene contrary to Seal Protection Regulations prohibiting operation of aircraft over seals at low altitude — Applications to obtain sealing access turned down — Trial Judge finding Regulations impinge freedom of expression, but saved by Charter s. 1 — Regulations s. 11(6), forbidding unlicensed persons to approach within half nautical mile of seal hunt, impinging on freedom of expression and of no force and effect — Although sufficiently significant objective prima facie established, Regulations s. 11(6) fails second and third means test in The Queen v. Oakes: means not limiting infringement as much as possible and effects of regulations go beyond what is necessary — Regulations s. 11(5), forbidding landing of aircraft within half nautical mile of any seal on ice in Gulf Area, not unreasonable burden on exercise of freedom of expression.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Limitation clause — Regulations aimed at seal conservation and seal fishery management — Impinging on right of freedom of expression — Whether protecting seal herds and sealer's livelihood could be taken into account under s. 1 — S.C.C. in The Queen v. Oakes set out broader formulation for restrictions on freedom than set out in International Covenant on Civil and Political Rights — Governmental objectives to be of sufficient importance relating to substantial concerns — Right to livelihood and environmental balance between fish and seals sufficiently important to merit s. 1 status — Regulations s. 11(6), forbidding unlicensed person to approach within half nautical mile of seal hunt, completely restraining appellants' freedom of expression — Licensing procedure cannot save otherwise complete interference, unless justified under s. 1 —*

**Fonds international pour la défense des animaux, Inc., Stephen Best et Brian D. Davies** (*appelants*)

a c.

**La Reine, le ministre des Pêches et Océans, le ministre de la Justice et le procureur général du Canada** (*intimés*)

b RÉPERTORIÉ: FONDS INTERNATIONAL POUR LA DÉFENSE DES ANIMAUX, INC. c. CANADA

c Cour d'appel, juges Mahoney, Hugessen et MacGuigan—Toronto, 22 et 23 mars; Ottawa, 19 avril 1988.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Liberté d'expression — Appellant militant en faveur de l'abolition de la chasse au phoque — Le transport par hélicoptère de représentants de la presse sur les lieux de la chasse est une violation du Règlement sur la protection des phoques qui interdit de survoler les phoques à basse altitude — Demande d'accès à la chasse au phoque rejetée — Le juge de première instance conclut que le Règlement porte atteinte à la liberté d'expression, mais demeure valide par l'application de l'art. 1 de la Charte — L'art. 11(6) du Règlement qui interdit d'approcher à moins d'un demi-mille marin de toute chasse aux phoques à moins d'être titulaire d'un permis, est nul et de nul effet parce qu'il porte atteinte à la liberté d'expression — Bien que le caractère suffisamment important de l'objectif ait été, de prime abord, établi, le paragraphe 11(6) du Règlement ne satisfait pas aux deuxième et troisième critères des moyens qu'établit l'arrêt La Reine c. Oakes: atteinte minimale à la liberté et proportionnalité entre les effets et l'objectif — L'art. 11(5) du Règlement, qui interdit d'atterrir en aéronef à moins d'un demi-mille marin de tout phoque qui se trouve sur la glace dans la région du Golfe, ne constitue pas une entrave déraisonnable à l'exercice de la liberté d'expression.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Le Règlement vise à assurer la conservation du phoque et la gestion de la chasse au phoque — Atteinte à la liberté d'expression — Peut-on tenir compte du double objectif de protéger les troupeaux de phoques et le droit des chasseurs de gagner leur vie, dans l'application de l'art. 1? — La Cour suprême du Canada offre dans La Reine c. Oakes une formulation plus large des restrictions de liberté que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques — L'objectif gouvernemental doit être suffisamment important et se rapporter à des préoccupations réelles — Le droit de gagner sa vie et l'équilibre environnemental entre le poisson et les phoques sont suffisamment importants pour mériter la protection de l'art. 1 — L'art. 11(6) du Règlement, qui interdit à quiconque n'est pas titulaire d'un permis d'approcher à moins d'un demi-mille marin d'une chasse aux phoques, restreint complètement la liberté d'expression des appelants — La procédure d'attribution de permis ne saurait racheter un empiètement par ailleurs total, à moins de justification en vertu de l'art. 1 — Les critères établis par l'arrêt Oakes ne sont pas satisfaits puisque la restriction n'est pas limitée autant que possible et*

*Tests in Oakes not met as impingement not limited as much as possible and effects of regulation go beyond what necessary — Regulations s. 11(5), protecting seals and human life by forbidding landing of aircraft within half nautical mile, not unreasonable burden on freedom of expression.*

*Fisheries — Seal Protection Regulations prohibiting landing of aircraft near seals or operation of aircraft over seals at less than 2000 feet except with Minister's permission, or approach within half nautical mile without licence — Appellant advocating abolition of seal hunt — Whether Regulations ultra vires s. 34 Fisheries Act — Activities prohibited within purposes and provisions of Act to conserve and protect fish — "Fishery" including sealers as persons engaged in seal fishery — S. 10 prohibits disturbing or interfering with seal fishery — Right to legitimately exploit resource — Regulations intra vires for proper management and control of seacoast fisheries for conservation and protection of seals — Regulation prohibiting approaching within half nautical mile declared inconsistent with Charter right of freedom of expression.*

Subsection 11(6) of the *Seal Protection Regulations* prohibits unlicensed persons from approaching within a half nautical mile of a seal hunt. Subsection 11(5) prohibits landing a helicopter or other aircraft within half a nautical mile of any seal on the ice in the Gulf Area or Front Area or from operating such aircraft over any seal on the ice at less than 2000 feet unless on a scheduled commercial flight, except with ministerial permission.

The appellant is the founder and director of the International Fund for Animal Welfare Inc. (IFAW). In its campaign to obtain a ban on the seal hunt, the IFAW attempted to create public pressure by arranging for news media to attend and report on the hunt. Repeated applications by IFAW to obtain sealing access were turned down. The appellants sought a declaration that the Regulations were of no force and effect. The Trial Judge held that the effect of the Regulations was to impinge on the appellant's section 2 Charter right to freedom of expression, but that they were saved by section 1 of the Charter. He also rejected the alternative argument that the Regulations are *ultra vires* section 34 of the *Fisheries Act*.

*Held*, a declaration should be granted that subsection 11(6) is inconsistent with the Charter and of no force and effect; the appeal with respect to subsection 11(5) should be dismissed.

The Trial Judge's conclusion, that the Regulations are not *ultra vires* the *Fisheries Act*, was correct. Regulation of the activities complained of is within the purposes of the Act to provide for the conservation and protection of fish and the proper management, allocation and control of fisheries. The link between the size of the fish stock and the number of seals is a basic fact of nature. Fishery includes sealers as persons engaged in the seal fishery. In addition, section 10 prohibits disturbing or interfering with the seal fishery.

*que les effets du Règlement dépassent ce qui est nécessaire — L'art. 11(5), qui protège les phoques et la vie humaine en interdisant d'atterrir en aéronef à moins d'un demi-mille marin, ne constitue pas une entrave déraisonnable pour la liberté d'expression.*

*a* *Pêcheries — Le Règlement sur la protection des phoques interdit d'atterrir en aéronef à proximité des phoques ou de les survoler à une altitude inférieure à 2 000 pieds sans un permis du ministre ou de s'en approcher à moins d'un demi-mille marin sans permis — Appellant militant en faveur de l'abolition de la chasse au phoque — La question se posait de savoir si le Règlement est conforme à l'art. 34 de la Loi sur les pêcheries — Les activités interdites s'inscrivent dans le cadre de l'objet et des dispositions de la Loi qui vise à conserver et à protéger le poisson — «Pêcherie» comprend les chasseurs de phoques, en qualité de personnes s'adonnant à la chasse du phoque — L'art. 10 interdit de troubler ou de gêner une pêche de phoques — Droit d'exploiter légitimement les ressources — Constitutionnalité du règlement visant à la gestion et au contrôle adéquats des pêches côtières, ainsi qu'à la conservation et à la protection des phoques — Règlement interdisant de s'approcher à moins d'un demi-mille marin jugé incompatible avec le droit à la liberté d'expression, que garantit la Charte.*

Le paragraphe 11(6) du *Règlement sur la protection de phoques* interdit aux personnes non titulaires d'un permis de s'approcher à moins d'un demi-mille marin de tout lieu où une chasse aux phoques est en cours. Le paragraphe 11(5) interdit d'atterrir en hélicoptère ou autre aéronef à moins d'un demi-mille marin d'un phoque qui se trouve sur la glace dans la région du Golfe ou dans la région du Front, ou de le survoler, sans permis du ministre, à une altitude inférieure à 2 000 pieds sauf s'il s'agit d'un vol commercial régulier.

L'appelant est l'administrateur-fondateur du Fonds international pour la défense des animaux, Inc. (FIDA). Dans le cadre de sa campagne d'abolition de la chasse au phoque, le FIDA a essayé d'éveiller l'intérêt public en faisant assister les représentants de la presse à la chasse pour en rendre compte ensuite. De nombreuses demandes faites par le FIDA en vue d'avoir accès au terrain de chasse ont été rejetées. Les appelants concluent à un jugement déclarant que le Règlement est nul et de nul effet. Le juge de première instance a conclu que le Règlement avait pour effet de restreindre le droit de l'appelant à la liberté d'expression, que garantit l'article 2 de la Charte, mais qu'il était valide par l'application de l'article 1 de la Charte. Il a également rejeté l'argument subsidiaire selon lequel le Règlement n'était pas conforme à l'article 34 de la *Loi sur les pêcheries*.

*Arrêt*: il est déclaré que le paragraphe 11(6) est incompatible avec la Charte et est nul et de nul effet; l'appel intéressant le paragraphe 11(5) du Règlement est rejeté.

Le juge de première instance a eu raison de conclure que le Règlement est conforme à la *Loi sur les pêcheries*. La réglementation des activités contestées s'inscrit dans l'objectif de la Loi qui est la conservation et la protection du poisson, ainsi que la gestion, la répartition et le contrôle adéquats des pêcheries. Le rapport entre la quantité de poissons et le nombre de phoques est un phénomène naturel fondamental. «Pêcherie» comprend les chasseurs de phoques, en qualité de personnes s'adonnant à la chasse aux phoques. En outre, l'article 10 interdit de troubler ou de gêner les pêcheries de phoques.

The Trial Judge was also correct in his conclusion that freedom of expression includes freedom of access to all information pertinent to the ideas or beliefs sought to be expressed. An expansive interpretation is justified by article 19 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* and the case law. Subsection 11(6) completely restrains the appellants' freedom of expression. The existence of a licensing procedure cannot save an otherwise complete interference with a fundamental freedom under section 2, unless it can be justified under section 1.

The governmental objectives reasonably justifiable under section 1 must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional freedom, and must relate to concerns which are pressing and substantial. The objectives are not limited to those cited in the *International Covenant on Civil and Political Rights*, but are open-ended (see *The Queen v. Oakes*) and should include the economic rights set out in the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, including the right to a livelihood. The objective of subsection 11(6) to prevent interference in legitimate sealing operations and the objective of obtaining a proper environmental balance between fish and seals are sufficiently important legislative objectives to merit section 1 status.

Once a sufficiently significant objective is at least *prima facie* established, the party invoking section 1 must show the means are reasonable and demonstrably justified. The three components of the *Oakes* proportionality test are: (1) rational connection to the objective; (2) minimum interference with the impaired freedom, and (3) proportionality between the effects and the objective. The permit procedure in the Regulations contains no specified standards. Limits on the freedom of expression cannot be left to official whim, but must be articulated as precisely as the subject-matter allows. Subsection 11(6) fails, therefore, on the second and third tests.

Subsection 11(5), however, contains a partial, and, arguably, small interference with freedom of expression. For infringement of a section 2 freedom, the burden imposed must be significant or unreasonable. The indirectness of a challenge to a protected freedom is also relevant. The freedom of movement, in the case at bar, merits the mantle of Charter protection only to the extent that it is necessary for the exercise of freedom of expression. The problems of access by water arose from the nature of the site rather than the regulatory provision. The degree of inconvenience in not being allowed to land aircraft is not unreasonable or more than a trivial burden on the exercise of the appellants' freedom of expression.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 2(b), 24(1).  
*Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, ss. 2 (as am. by S.C. 1985, c. 31, s.1), 2.1 (as enacted *idem*, s. 2), 10 (as am. by S.C. 1976-77, c. 35, s. 3), 34.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*

Le juge de première instance a eu aussi raison en concluant que la liberté d'expression doit inclure la liberté d'accès à toute information pertinente aux idées ou aux croyances que l'on cherche à exprimer. L'interprétation libérale est justifiée par l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et par la jurisprudence. Le paragraphe 11(6) restreint complètement la liberté d'expression des appelants. L'existence d'une procédure d'attribution de permis ne saurait racheter un empiètement par ailleurs total sur une liberté fondamentale prévue à l'article 2, à moins d'être justifiée par l'article 1.

b Pour bénéficier de la protection de l'article 1, l'objectif gouvernemental doit être suffisamment important et se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Les objectifs ne sont pas limités à ceux qu'énumère le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ils ne sont pas restrictifs (voir *La Reine c. Oakes*) et doivent comprendre les droits économiques que prévoit le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, dont le droit de gagner sa vie. L'objectif du paragraphe 11(6) qui est d'interdire de troubler les activités légitimes de chasse au phoque et l'objectif d'un équilibre environnemental entre le poisson et les phoques constituent des objectifs législatifs suffisamment importants pour mériter la protection de l'article 1.

Dès lors qu'un objectif est reconnu comme au moins de prime abord suffisamment important, la partie qui invoque l'article 1 doit établir que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Les trois éléments de proportionnalité énoncés dans l'arrêt *Oakes* sont: (1) lien rationnel avec l'objectif; (2) atteinte minimale à la liberté en cause; et (3) proportionnalité entre les effets et l'objectif. La procédure d'attribution de permis prévue au Règlement ne comporte aucune norme. La restriction de la liberté d'expression ne peut pas être laissée au bon vouloir des fonctionnaires, elle doit être énoncée aussi précisément que le permet la question en cause. Le paragraphe 11(6) ne satisfait donc pas aux deuxième et troisième critères.

Le paragraphe 11(5) constitue cependant un empiètement partiel, et peut-être même minime, sur la liberté d'expression. Pour qu'il y ait empiètement sur une liberté de l'article 2, l'entrave imposée doit être réelle ou déraisonnable. Le rapport indirect entre le droit contesté et la liberté protégée est aussi pertinent. La liberté de mouvement ne mérite en l'espèce la protection de la Charte que dans la mesure où elle est nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression. Les difficultés découlant de l'accès par bateau ont été causées par la nature de la région en cause plutôt que par la clause restrictive du Règlement. L'inconvénient tenant à l'interdiction d'atterrir en aéronef ne constitue pas un empiètement déraisonnable ou plus que négligeable sur la liberté d'expression de l'appelant.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 2b), 24(1).  
*Déclaration universelle des droits de l'homme*, 1948, A.G. Rés. 217A (III), Doc. A/810 N.U., art. 19.  
*Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 2

with *Optional Protocol*, [1976] Can. T.S., No. 47, arts. 1, 19.  
*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, [1976] Can. T.S., No. 46, art. 11.  
*Seal Protection Regulations*, C.R.C., c. 833, ss. 11(5), (6) (as am. by SOR/78-167, s. 3).  
*Universal Declaration of Human Rights*, 1948, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810, s. 19.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; 18 D.L.R. (4th) 321; 18 C.C.C. (3d) 385; 13 C.R.R. 64; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; 26 D.L.R. (4th) 200; 65 N.R. 87; 24 C.C.C. (3d) 321; 19 C.R.R. 308; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 147 D.L.R. (3d) 58 (Ont. Div. Ct.); affd. (1984), 5 D.L.R. (4th) 766 (Ont. C.A.); 41 O.R. (2d) 583; affd. 45 O.R. (2d) 80; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; 35 D.L.R. (4th) 1; 55 C.R. (3d) 193; 30 C.C.C. (3d) 385; 28 C.R.R. 1.

##### DISTINGUISHED:

*Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1987] 2 F.C. 68; 36 D.L.R. (4th) 501.

##### CONSIDERED:

*Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; 113 D.L.R. (3d) 513; *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; 143 D.L.R. (3d) 577; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; 38 D.L.R. (4th) 161; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; 33 D.L.R. (4th) 174; *Shuttlesworth v. Birmingham*, 394 U.S. 147 (1969).

#### AUTHORS CITED

Etherington, Brian (1987), 66 *Can. Bar Rev.*, p. 818.  
 Gibson, Dale, *The Law of the Charter: General Principles*, Toronto: Carswell, 1986.  
 Partsch, Karl Josef, "Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms", *The International Bill of Rights*, New York: Columbia University Press, 1981, p. 218.

#### COUNSEL:

*Peter F. M. Jones and Daniel V. MacDonald* for appellants.  
*John E. Thompson and Charleen Brenzall* for respondents.

(mod. par S.C. 1985, chap. 31, art. 1), 2.1 (édicte, idem, art. 2), 10 (mod. par S.C. 1976-77, chap. 35, art. 3), 34.

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques avec Protocole facultatif*, [1976] R.T. Can., n° 47, art. 1, 19.

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, [1976] R.T. Can., n° 46, art. 11.  
*Règlement sur la protection des phoques*, C.R.C., chap. 833, art. 11(5), (6) (mod. par DORS/78-167, art. 3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; 18 D.L.R. (4th) 321; 18 C.C.C. (3d) 385; 13 C.R.R. 64; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; 26 D.L.R. (4th) 200; 65 N.R. 87; 24 C.C.C. (3d) 321; 19 C.R.R. 308; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 147 D.L.R. (3d) 58 (C. div. Ont.); confirmé (1984), 5 D.L.R. (4th) 766 (C.A. Ont.); 41 (O.R.) (2d) 583; confirmé 45 O.R. (2d) 80; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; 35 D.L.R. (4th) 1; 55 C.R. (3d) 193; 30 C.C.C. (3d) 385; 28 C.R.R. 1.

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1987] 2 C.F. 68; 36 D.L.R. (4th) 501.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; 113 D.L.R. (3d) 513; *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; 143 D.L.R. (3d) 577; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; 38 D.L.R. (4th) 161; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; 33 D.L.R. (4th) 174; *Shuttlesworth v. Birmingham*, 394 U.S. 147 (1969).

#### DOCTRINE

Etherington, Brian (1987), 66 *R. du B. Can.*, p. 818.  
 Gibson, Dale, *The Law of the Charter: General Principles*, Toronto: Carswell, 1986.  
 Partsch, Karl Josef, «Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms», *The International Bill of Rights*, New York: Columbia University Press, 1981, p. 218.

#### AVOCATS:

*Peter F. M. Jones et Daniel V. MacDonald* pour les appelants.  
*John E. Thompson et Charleen Brenzall* pour les intimées.

## SOLICITORS:

*McMillan, Binch*, Toronto, for appellants.

*Deputy Attorney General of Canada*, for respondents. <sup>a</sup>

*The following are the reason for judgment rendered in English by*

MACGUIGAN J.: This case raises fundamental issues concerning the freedom of expression, and arises by way of an appeal from a judgment of McNair J. dated September 18, 1986, and reported at [1987] 1 F.C. 244, dismissing the appellants' action with costs. The appellants seek declarations that certain provisions of the *Seal Protection Regulations* [C.R.C., c. 833] ("the Regulations") made under the *Fisheries Act* [R.S.C. 1970, c. F-14] ("the Act") contravene the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)]. In the alternative, they seek a declaration that the Regulations are *ultra vires* the Governor in Council's power to make regulations under section 34 of the Act. There was also at trial a challenge based on an alleged improper exercise of ministerial discretion, but that issue does not enter into this appeal. A further issue which the appellants raised before this Court concerned the Trial Judge's exclusion of expert evidence from a journalist. In the light of the fact that the appellants conceded in argument that they did not seek a new trial, there is no need for this Court to pronounce on the matter. <sup>f</sup>

The Trial Judge found that the effect of the Regulations was to impinge the appellants' section 2 Charter right to freedom of expression but held that the Regulations were saved by section 1 of the Charter. He also rejected the appellants' alternative argument.

The appellant International Fund for Animal Welfare, Inc. ("IFAW") was incorporated in 1969 and has had, as its primary concern, the ending of <sup>j</sup>

## PROCUREURS:

*McMillan, Binch*, Toronto, pour les appelants.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimées.

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

<sup>b</sup> LE JUGE MACGUIGAN: Ce litige soulève des questions fondamentales concernant la liberté d'expression; il s'agit d'un appel du jugement du juge McNair, daté du 18 septembre 1986 et publié sous la référence [1987] 1 C.F. 244, en vertu duquel il a rejeté l'action des appelants avec dépens. Les appelants cherchent à obtenir un jugement déclaratoire portant que certaines dispositions du *Règlement sur la protection des phoques* [C.R.C., chap. 833] (le «Règlement») adopté en application de la *Loi sur les pêcheries* [S.R.C. 1970, chap. F-14] (la «Loi») violent la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)]. Subsidiairement, ils demandent un jugement déclarant que le gouverneur en conseil a, dans ces dispositions, outrepassé le pouvoir d'édicter des règlements, que lui accorde l'article 34 de la Loi. En première instance il a également été question d'un présumé abus du pouvoir discrétionnaire ministériel, mais cette question n'est pas en litige dans le présent appel. Les appelants contestent toutefois devant cette Cour l'exclusion par le <sup>e</sup> juge de première instance d'une preuve d'expert déposée par un journaliste. Cependant, étant donné qu'ils ont convenu au cours de leur argument qu'ils ne désiraient pas un nouveau procès, cette Cour n'a pas à se prononcer sur cette <sup>g</sup> question. <sup>h</sup>

Le juge de première instance a conclu que le Règlement avait pour effet d'empiéter sur le droit des appelants à la liberté d'expression prévu à <sup>i</sup> l'article 2 de la Charte, mais il a jugé que le Règlement restait valide par l'application de l'article 1 de la Charte. Il a également rejeté l'argument subsidiaire des appelants.

L'appelant, le Fonds international pour la défense des animaux, Inc. («FIDA»), constitué en société en 1969, s'est donné pour mandat l'aboli-

the seal hunt and more generally the protection of animals from cruelty and exploitation. The appellant Brian Davies ("Davies") has served as a director of IFAW since its incorporation. The appellant Stephen Best ("Best") served as National Coordinator of IFAW from 1980 to 1984.

In its campaign to obtain a ban on the seal hunt, IFAW attempted to create public pressure by arranging for the news media to attend the hunt and report on it to the general public. In 1976 it took approximately 20 members of the media to the scene of the hunt; in 1977 approximately 55. In his testimony, Davies expressed the importance of this activity as follows (Transcript of evidence, vol. 1, pages 66-67):

We believe that the seal hunt was immoral, that it should be stopped. We felt that we had to get that message to as many people as possible in Canada and outside of Canada and there is only one way to do that and that is through the media, television, print media, radio. So we felt for us to exercise that right we needed to take the media to the seal hunt and through them and through their pictures speak and demonstrate to a large audience in the hope that change would be effected.

In point of fact, by the time of the trial, the seal hunt had been effectively terminated by a lack of markets and continued only on a small-scale basis (Transcript of evidence, vol. 6, pages 624, 651-652). It is now a matter of public record that the Government has since announced that it would no longer permit commercial hunting of whitecoat harp seals and blueblack hooded seals.

The relevant provisions of the Charter are as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
- (c) freedom of peaceful assembly; and
- (d) freedom of association.

tion de la chasse aux phoques et, de façon générale, la protection des animaux contre la cruauté et l'exploitation. L'appelant, Brian Davies («B. Davies»), agit en qualité d'administrateur du FIDA depuis sa création. L'appelant, Stephen Best («S. Best»), a agi à titre de coordonnateur national du FIDA de 1980 à 1984.

Dans le cadre de sa campagne pour obtenir l'abolition de la chasse du phoque, le FIDA a essayé d'éveiller l'intérêt public en faisant assister les représentants de la presse parlée et écrite à la chasse pour qu'ils en fassent par la suite rapport au public. En 1976 et 1977, l'organisme a amené environ 20 et 55 représentants respectivement sur les lieux de la chasse. Dans son témoignage, B. Davies parle de l'importance de cette activité dans les termes suivants (Transcription de la preuve, vol. 1, aux pages 66 et 67) :

[TRADUCTION] Nous croyons que la chasse du phoque est immorale et qu'elle doit être abolie. Nous étions d'avis qu'il nous fallait diffuser ce message le plus possible au Canada et ailleurs, et que le seul moyen de le faire était par l'intermédiaire des médias: télévision, presse, radio. Pour exercer ce droit, il nous fallait, selon nous, amener des représentants de la presse écrite et parlée à la chasse du phoque afin que ceux-ci, au moyen de leurs photographies et de leurs reportages, touchent un large auditoire dans l'espoir qu'un changement serait effectué.

Effectivement, au moment du procès, la chasse du phoque avait pratiquement cessé par manque de marchés; elle ne se pratiquait plus que sur une petite échelle (Transcription de la preuve, vol. 6, aux pages 624, 651 et 652). Il est maintenant bien connu que le gouvernement a depuis annoncé l'interdiction de la chasse à des fins commerciales des phoques du Groënland et des phoques à capuchon bleu-noir.

Les dispositions pertinentes de la Charte sont les suivantes:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;
- c) liberté de réunion pacifique;
- d) liberté d'association.

The relevant section of the Regulations in the form in which it was dealt with by the Trial Judge and as amended [by SOR/78-167, s. 3] up to March 28, 1985,<sup>1</sup> reads as follows:

11. (1) No person shall use a helicopter or other aircraft in sealing except in searching for seals.

(2) No person shall use a helicopter or other aircraft in searching for seals unless he has an aircraft sealing licence issued by the Minister.

(3) An aircraft sealing licence may be issued only in respect of an aircraft registered in Canada under Part II of the *Air Regulations* made pursuant to the *Aeronautics Act*.

(4) An aircraft sealing licence is subject to such terms and conditions as the Minister may prescribe.

(5) Except with the permission of the Minister, no person shall

(a) land a helicopter or other aircraft less than ½ nautical mile from any seal that is on the ice in the Gulf Area or Front Area; or

(b) operate a helicopter or other aircraft over any seal on the ice at an altitude of less than 2,000 feet, except for commercial flights operating on scheduled flight plans.

(6) No person shall, unless he is the holder of a licence or a permit, approach within half a nautical mile of any area in which a seal hunt is being carried out.

(7) Subsection (6) does not apply to

(a) commercial flights operating on scheduled flight plans;

(b) a peace officer employed by or assisting the Department of the Environment;

(c) scientists, technicians and observers employed by the Department of the Environment or are present at a seal hunt at the request of the Department of the Environment; and

(d) commercial vessels transiting waters in which a seal hunt is being conducted.

(8) An application for a permit required pursuant to subsection (6) shall be in the Minister's office on or before the 20th day of February in respect of the year for which the permit is requested.

(9) An application for a permit required pursuant to subsection (6) shall contain

(a) the name, address, professional association and occupation of every person to be covered by the permit;

(b) a detailed statement of the reasons why the permit is required;

<sup>1</sup> SOR/85-294, s. 4 of March 28, 1985 changed the introductory words of subsection 11(5) to read "Except as otherwise authorized as a term or condition of licence, no person shall . . ." SOR/85-697, s. 1 of July 24, 1985 altered the distances in both paragraphs (a) and (b) of subsection 11(5) to 600 metres.

L'article pertinent du Règlement, dans la forme dans laquelle l'a traité le juge de première instance et assorti de ses modifications [DORS/78-167, art. 3] jusqu'au 28 mars 1985<sup>1</sup>, se lit comme suit :

11. (1) Il est interdit d'utiliser un hélicoptère ou un autre aéronef pour la chasse du phoque, sauf pour aller à la recherche des phoques.

(2) Il est interdit d'utiliser un hélicoptère ou un autre aéronef pour aller à la recherche des phoques à moins d'avoir un permis de chasse du phoque à partir d'un aéronef, délivré par le Ministre.

(3) Un permis de chasse du phoque à partir d'un aéronef ne peut être délivré qu'à l'égard d'un aéronef immatriculé au Canada aux termes de la partie II du *Règlement de l'Air* établi en vertu de la *Loi sur l'aéronautique*.

(4) Un permis de chasse du phoque à partir d'un aéronef est assujéti aux modalités et conditions que le Ministre peut prescrire.

(5) Sauf avec la permission du Ministre, il est interdit

a) d'atterrir en hélicoptère ou autre aéronef à moins de ½ mille marin d'un phoque qui se trouve sur la glace dans la région du Golfe ou dans la région du Front; ou

b) de survoler en hélicoptère ou dans un autre aéronef, à une altitude de moins de 2 000 pieds, un phoque qui se trouve sur la glace, sauf s'il s'agit d'un vol commercial suivant un plan de vol établi.

(6) À moins d'être titulaire d'un permis, il est interdit d'approcher à moins d'un demi-mille marin de toute région où une chasse aux phoques est en cours.

(7) Le paragraphe (6) ne s'applique pas

a) aux vols commerciaux suivant un plan de vol établi;

b) au personnel d'exécution employé par le ministère de l'Environnement ou lui venant en aide;

c) aux scientifiques, techniciens et observateurs employés par le ministère de l'Environnement ou présents, à sa demande, à une chasse aux phoques; et

d) aux bateaux commerciaux sillonnant les eaux où se pratique une chasse au phoque.

(8) Les demandes d'autorisation requises en vertu du paragraphe (6) doivent parvenir au bureau du Ministre au plus tard le 20 février de chaque année pour laquelle un permis est demandé.

(9) La demande de permis requise selon le paragraphe (6) doit contenir

a) les noms, adresses, associations professionnelles et occupations de toutes les personnes touchées par le permis;

b) un énoncé détaillé des raisons pour lesquelles le permis est nécessaire;

<sup>1</sup> Le Règlement DORS/85-294, art. 4 du 28 mars 1985 a changé le début du paragraphe 11(5) comme suit: «À moins d'y être autorisé par permis, il est interdit . . .» Le Règlement DORS/85-697, art. 1 du 24 juillet 1985 a substitué aux distances figurant aux alinéas a) et b) du paragraphe 11(5) la distance de 600 mètres.

- (c) the method of transportation that will be used to go to and from the area of the seal hunt;
- (d) the name, number or description of the vehicle that will be used to go to and from the area of the seal hunt;
- (e) the area and dates for which the permit is required; and
- (f) such other information as may be required to verify or explain the information required in paragraphs (a) to (e).

The appellants' objections are taken to subsection 11(5), which I shall describe as the aircraft approach limitation, and to subsection 11(6), which I shall call the *locus* limitation.

In my view, a more orderly exposition will be possible by beginning with the appellants' alternative argument, and by then proceeding to deal, in turn, with the *locus* limitation and the aircraft approach limitation.

### I

Before 1970 access to the seal hunt was virtually unrestricted. It is common ground that there were serious abuses involving aircraft in the 1960's which led to the 1970 Regulations [SOR/70-108, s. 12(5)] prohibiting the landing of a helicopter or other aircraft within half a nautical mile of any seal herd on the ice (revised in 1974 [SOR/74-216, s. 2] to read "any seal on the ice"). In 1976 a further prohibition was enacted [SOR/76-172, s. 3] prohibiting the operation of any aircraft or helicopter over any seal on the ice at less than 2,000 feet. In 1978 a further regulation was passed [SOR/78-167, s. 3] prohibiting any person from approaching within half a nautical mile of any area in which a seal hunt is being carried out. The same year a permit system was adopted for exempting from this latter prohibition.

The provisions of the Act [s. 2.1 enacted by S.C. 1985, c. 31, s. 2] under which the Regulations are justified are as follows:

#### 2.1 The purposes of this Act are

- (a) to provide for the conservation and protection of fish and waters frequented by fish;
- (b) to provide for the proper management, allocation and control of the seacoast fisheries of Canada;
- (c) to ensure a continuing supply of fish and, subject to paragraph (a), taking into consideration the interests of user

- c) le moyen de transport qui sera utilisé pour se rendre au lieu de chasse et en revenir;
- d) le nom, le numéro ou la description du véhicule qui sera utilisé pour se rendre au lieu de chasse et en revenir;
- e) la région et les dates pour lesquelles est demandée le permis; et
- f) toute autre information pouvant être exigée pour vérifier ou expliquer les renseignements requis aux alinéas a) à e).

Les appelants s'opposent au paragraphe 11(5), que je vais appeler la clause limitative relative à l'usage d'un aéronef, et au paragraphe 11(6), que je vais appeler la clause limitative relative au lieu.

À mon avis, dans l'intérêt du bon ordre, il serait plus approprié de commencer par l'argument subsidiaire des appelants, pour ensuite examiner la clause limitative relative au lieu et la clause limitative relative à l'usage d'un aéronef.

### I

Avant 1970, l'accès à la chasse du phoque était pratiquement illimité. Il est bien connu que, durant les années 1960, l'usage des aéronefs a entraîné de graves abus qui ont conduit à l'adoption du Règlement de 1970 [DORS/70-108, art. 12(5)] interdisant d'atterrir en hélicoptère ou autre aéronef à moins d'un demi-mille marin d'un troupeau de phoques qui se trouve sur la glace (le règlement a été modifié en 1974 [DORS/74-216, art. 2] pour se lire «d'un phoque qui se trouve sur la glace»). En 1976, une autre modification était adoptée [DORS/76-172, art. 3] interdisant de survoler en hélicoptère ou dans un autre aéronef à une altitude de moins de 2 000 pieds un phoque qui se trouve sur la glace. En 1978, une autre modification était adoptée [DORS/78-167, art. 3] interdisant à toute personne de s'approcher à moins d'un demi-mille marin de toute région où une chasse aux phoques est en cours. La même année, on instaurait un système de permis d'exemption relatif à cette dernière interdiction.

Les dispositions de la Loi en vertu desquelles le Règlement est adopté sont les suivantes [art. 2.1 édicté par S.C. 1985, chap. 31, art. 2]:

#### 2.1 La présente loi a pour objet d'assurer

- a) la conservation et la protection du poisson et des eaux où il vit;
- b) une gestion, une répartition et un contrôle adéquats des pêches côtières du Canada;
- c) la permanence des stocks de poisson, et sous réserve de l'alinéa a), en tenant compte des intérêts des groupes exploi-



groups and on the basis of consultation to maintain and develop the economic and social benefits from the use of fish to fishermen and others employed in the Canadian seacoast fishing industry, to others whose livelihood depends in whole or in part on seacoast fishing and to the people of Canada;

34. The Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act and in particular, but without restricting the generality of the foregoing, may make regulations

(a) for the proper management and control of the seacoast and inland fisheries;

(b) respecting the conservation and protection of fish;

(i) respecting the conservation and protection of spawning grounds;

In the definitions section (section 2) fish is defined to include "marine animals" such as seals.

The Regulations taken as a whole establish a comprehensive system of control over all aspects of sealing. Sections 3 to 7 regulate the killing of seals in the most northerly areas of the country. Section 8 governs sealing from boats and the licensing of those boats. Section 10 stipulates when and where seals can be killed and the number which can be killed. Sections 12 to 14 contain further restrictions as to when, where and by whom seals can be hunted. Sections 15 and 16 deal with methods of killing seals. Sections 16.1 [SOR/80-115, s. 5] and 18 govern the removal of seal skins from the ice. Sections 17, 19, and 23 contain further restrictions on the hunting of seals.

I have already noted that the aircraft approach limitation had its origin in abuses in the 1960's in the use of aircraft in the hunting of seals. The *locus* limitation was recommended by the Committee on Seals and Sealing ("COSS"), a special advisory committee to the Ministry of Fisheries established in 1971 as a result of representations from humane societies with the mandate of investigating all aspects of the hunting of seals in the Northwest Atlantic and Arctic oceans. The COSS recommendation of 1977 and the Minister's reply

tants et après consultation, le maintien et le développement des avantages économiques et sociaux qui proviennent de l'exploitation de ces stocks au profit des pêcheurs et de ceux qui œuvrent dans l'industrie des pêches côtières canadiennes, au profit des autres personnes dont la subsistance dépend en tout ou en partie de ces pêches de même qu'au profit de l'ensemble du peuple canadien;

34. Le gouverneur en conseil peut édicter des règlements concernant la réalisation des objets de la présente loi et l'application de ses dispositions et, en particulier, peut, sans restreindre la généralité de ce qui précède, édicter des règlements

a) concernant la gestion et la surveillance judicieuses des pêches côtières et des pêches de l'intérieur;

b) concernant la conservation et la protection du poisson;

i) concernant la conservation et la protection des frayères;

Dans l'article des définitions (article 2), le poisson est défini comme comprenant «les animaux marins» tels les phoques.

Dans son ensemble, le Règlement établit un système complet de contrôle de tous les aspects de la chasse aux phoques. Les articles 3 à 7 réglementent l'abattage des phoques dans les régions les plus au nord du pays. L'article 8 vise la chasse à partir des bateaux et les permis relatifs à ces bateaux. L'article 10 régit les périodes et les régions où des phoques peuvent être tués et le nombre de phoques qui peuvent être abattus. Les articles 12 à 14 contiennent d'autres restrictions visant les périodes et les régions où la chasse aux phoques est permise et les personnes qui peuvent s'y adonner. Les articles 15 et 16 traitent des méthodes d'abattage des phoques. Les articles 16.1 [DORS/80-115, art. 5] et 18 régissent les activités relatives à l'enlèvement des peaux de phoques de la glace. Les articles 17, 19 et 23 prévoient des restrictions additionnelles visant la chasse aux phoques.

J'ai déjà mentionné que la clause limitative relative à l'usage d'un aéronef avait été adoptée suite aux abus commis à l'aide de tels appareils au cours des années 1960 pour chasser les phoques. La clause limitative relative au lieu a été adoptée suite à la recommandation du Comité d'étude des phoques et de leur chasse («CEPC»), comité consultatif du ministère des Pêches qui a été constitué en 1971, suite aux représentations des sociétés protectrices des animaux, dans le but d'examiner tous les aspects de la chasse du phoque dans

are recorded as follows (Appeal Book, vol. 4, page 646):

RESTRICTED OBSERVATION OF THE HUNT

COSS recommendation—APPROVED

The Committee is in favour of legislation which would protect licenced sealers against interference or harassment. It does not believe that such legislation has yet been formulated.

Minister's reply:

In February 1978 we implemented a system of licencing those who wish to visit the sealing operations. The object of the enabling amendments to the Seal Protection Regulations is to permit reponsible scrutiny by legitimate journalists, media personnel, scientists and humane society observers, but to prevent interference in legitimate sealing operations which characterized the 1977 hunt on the Front.

Although the Federal Government's statutory authority to make regulations will be strictly construed when there is a question as to its constitutional competence to do so (*Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; 113 D.L.R. (3d) 513), there is no warrant for a court to speculate on the Government's motives in making a regulation or restrictively to interpret its statutory powers in other contexts (*Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; 143 D.L.R. (3d) 577). In the case at bar the purposes of the Act are, broadly, to provide for the conservation and protection of fish and to provide for the proper management, allocation and control of the sea-coast fisheries. Fishery is defined in section 2 [as am. by S.C. 1985, c. 31, s. 1] to include "the places in Canadian fisheries waters where, and the times when, fishing and related activities occur" and "the persons engaged" in fishing activities. Moreover, the Act provides in section 10 [as am. by S.C. 1976-77, c. 35, s. 3], specifically with respect to sealing:

10. No one shall with boat or vessel or in any other way during the time of fishing for seals knowingly or wilfully disturb, impede or interfere with any seal fishery or prevent or impede the shoals of seals from coming into such fishery or knowingly or wilfully frighten such shoals.

The Trial Judge's conclusion on this point was as follows (at page 267):

The *Fowler* case bears another distinguishing facet from the case at bar in that the constitutional conflict was between the

l'Atlantique nord-ouest et l'Arctique. La recommandation de 1977 du CEPC et la réponse du ministre à cette recommandation se lisent comme suit (Dossier d'appel, vol. 4, page 646):

*a* [TRADUCTION] OBSERVATION LIMITÉE DE LA CHASSE

Recommandation du CEPC—APPROUVÉE

Le comité préconise une loi qui protégerait les titulaires de permis de chasse aux phoques contre l'ingérence ou le harcèlement. Il ne croit pas qu'une telle loi a encore été formulée.

*b* Réponse du ministre

En février 1978, nous avons mis en place un système de permis à l'intention des personnes qui désirent visiter les zones de chasse. L'objet des modifications habilitantes apportées au *Règlement sur la protection des phoques* est de permettre aux journalistes accrédités, aux représentants de la presse, aux scientifiques et aux observateurs des sociétés protectrices des animaux d'effectuer des examens responsables, mais d'empêcher le genre d'intervention dans les activités légales des chasseurs de phoques qui a marqué la chasse de 1977 dans la région du Front.

*d* Bien que l'autorité statutaire du gouvernement fédéral de faire des règlements soit interprétée de façon stricte lorsque sa compétence constitutionnelle est en cause (*Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; 113 D.L.R. (3d) 513), un tribunal n'a pas le mandat de s'interroger sur les motifs du gouvernement de faire un règlement ou d'interpréter son pouvoir statutaire de façon restrictive dans d'autres contextes (*Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; 143 D.L.R. (3d) 577). En l'espèce, de façon générale la Loi a pour but d'assurer la conservation et la protection du poisson et une gestion, une répartition et un contrôle adéquat des pêches côtières. À l'article 2 [mod. par S.C. 1985, chap. 31, art. 1], le mot «pêcherie» est défini en partie comme suit: «dans les eaux des pêcheries canadiennes, des endroits où ainsi que des périodes durant lesquelles ont lieu la pêche et des activités connexes» et «des personnes s'adonnant» à des activités de pêche. En outre, l'article 10 [mod. par S.C. 1976-77, chap. 35, art. 3] de la Loi prévoit expressément ce qui suit à l'égard de la chasse au phoque:

*i* 10. Nul ne doit, au moyen d'un bateau ou navire ou de toute autre manière, durant le temps de la pêche au phoque, troubler, gêner ou déranger une pêcherie de phoque, ni empêcher les troupes de phoques d'y entrer, ni les arrêter dans leur marche, ni sciemment ou délibérément les effrayer.

Sur ce point, la conclusion du juge de première instance se lit comme suit (à la page 267) :

L'affaire *Fowler* comporte un autre élément qui la distingue de l'espèce, en ce sens que dans ce conflit constitutionnel

federal and provincial fields of legislative competence. That issue does not arise here, where the real point of *ultra vires* is whether the Regulations were made by the Governor in Council for carrying out the purposes and provisions of the *Fisheries Act* in terms of the proper management and control of the seacoast and inland fishery and the conservation and protection of seals. Unlike *Fowler* there is ample evidence to show that the full range of the activities complained of are in fact within the purposes and provisions of the empowering Act. The definition of "fishery" in the *Fisheries Act* includes the sealers as persons engaged in the seal fishery. The law recognises the fishery as a natural and public resource that embraces not only the marine animals themselves but the business of sealing in the context of the right to legitimately exploit the resource in the place where it is found and the right is lawfully exercised. In my opinion, the *Seal Protection Regulations* are *intra vires* as being within the purposes and provisions of the *Fisheries Act* by reason that they are Regulations made for the proper management and control of the seacoast fisheries and for the conservation and protection of seals. In the result, the plaintiffs' argument of *ultra vires* must fail.

I find myself in agreement both with the Trial Judge's statement of the issue and with his conclusion.

## II

The Trial Judge applied the same analysis to both disputed provisions of the Regulations. The following is, then, his analysis of both together (pages 256-264):

It is now settled beyond doubt or question that the Charter is a constitutional document of the living tree genus that must be accorded a large, liberal and purposive interpretation in respect of the enshrined rights guaranteed thereby.

On the issue of constitutionality, it is the plaintiffs' contention that the impugned provisions of the *Seal Protection Regulations* violate their right of free access to information contrary to paragraph 2(b) of the Charter. It is further contended that the regulatory prohibitions against landing or flying an aircraft in proximity to any seal on the ice have the effect of rendering meaningless any licence or permit to approach within half a nautical mile of an area where a seal hunt is being carried out. The plaintiff also submits that IFAW is a member of the media. I cannot accept this last mentioned submission. The defendants contend, on the other hand, that the right of freedom of expression is limited to the dissemination of ideas and beliefs in the expressible sense and does not comprehend the broader aspect of access to information as the fountain-head for the formulation and expression of those ideas and beliefs. Alternatively, it is argued that if there is such a right of free access to information then the limitations imposed by the

s'opposaient la compétence législative fédérale et la compétence législative provinciale. Ce point n'est pas soulevé en l'espèce, car la véritable question de l'inconstitutionnalité est de savoir si le Règlement a été édicté par le gouverneur en conseil pour appliquer l'objet et les dispositions de la *Loi sur les pêcheries* pour ce qui est de la gestion et du contrôle adéquats des pêches côtières et intérieures et la conservation et la protection des phoques. Contrairement à l'arrêt *Fowler*, il y a suffisamment de preuve pour démontrer que la gamme entière des activités contestées s'inscrit en fait dans le cadre de l'objet et des dispositions de la loi habilitante. La définition de «pêcherie» dans la *Loi sur les pêcheries* comprend les chasseurs de phoques, en qualité de personnes s'adonnant à la chasse du phoque. La loi reconnaît les pêches comme une ressource naturelle et publique qui comprend non seulement les animaux marins eux-mêmes, mais également la chasse du phoque dans la mesure où il s'agit du droit d'exploiter légitimement les ressources à l'endroit où on les trouve et où le droit est exercé légalement. À mon avis, le *Règlement sur la protection des phoques* est de la compétence du Parlement, c'est-à-dire qu'il est conforme à l'objet et aux dispositions de la *Loi sur les pêcheries* du fait qu'il s'agit d'un Règlement édicté pour la gestion et le contrôle adéquats des pêches côtières et pour la conservation et la protection des phoques. En conséquence, l'argument des demandeurs en ce qui concerne l'inconstitutionnalité doit être rejeté.

Je suis en accord avec l'exposé de la question du juge de première instance ainsi qu'avec sa conclusion.

## II

Le juge de première instance a suivi le même cheminement analytique pour les deux dispositions contestées du Règlement. L'exposé ci-dessous s'applique donc aux deux questions (pages 256 à 264):

Il est maintenant établi hors de tout doute que la Charte est un document constitutionnel «vivant» dont l'interprétation doit être vaste et libérale et doit répondre à un objet précis en ce qui concerne les droits qui y sont garantis.

En ce qui concerne la question de la constitutionnalité, les demandeurs prétendent que les dispositions contestées du *Règlement sur la protection des phoques* empiètent sur leur liberté d'accès à l'information, ce qui contrevient à l'alinéa 2b) de la Charte. En outre, ils affirment que les interdictions par le Règlement d'atterrir ou de survoler en hélicoptère ou autre aéronef à proximité d'un phoque qui se trouve sur la glace ont pour effet d'enlever tout sens au permis ou à la permission d'approcher dans un rayon d'un demi-mille marin d'un endroit où a lieu une chasse du phoque. Les demandeurs prétendent également que le FIDA est membre des médias. Je ne puis accepter cette dernière prétention. Les défendeurs, par contre, affirment que la liberté d'expression est limitée à la diffusion des idées et des croyances et n'englobe pas l'aspect plus vaste de l'accès à l'information comme source d'expression de ces idées et croyances. Il est allégué, subsidiairement, que si une telle liberté d'accès à l'information existe, alors les restrictions impo-

Regulations are justifiable limits within the meaning of section 1 of the Charter.

An expansive and purposive scrutiny of paragraph 2(b) [of the Charter] leads inevitably, in my judgment, to the conclusion that freedom of expression must include freedom of access to all information pertinent to the ideas or beliefs sought to be expressed, subject to such reasonable limitations as are necessary to national security, public order, public health or morals, or the fundamental rights and freedoms of others.

The question thus posed is this: were the Regulations aimed at the conservation and protection of seals and the proper management and control of the seal fishery, having regard to the seal harvest in light of its historic and traditional origins and the rights of those who earned a living therefrom, or was the paramount purpose that of suppressing freedom of expression? In my opinion, the purpose behind the Regulations was a perfectly valid one. Nonetheless, the actual effect was to impinge on the plaintiffs' right of freedom of expression enshrined in the Charter in the broad connotation of freedom of access to information. *Prima facie*, their right has been violated and it becomes necessary to turn now to section 1 of the Charter to determine whether the limit is one that is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society".

The burden of proof of justification rests on the defendants as the proponents of the impugned legislation. What kind of proof is required? The answer is far from clear. The prevailing view is that there should be sufficient cogent evidence to persuade the court as to the reasonableness of the limitation in terms of striking a balance between legitimate social interests and the rights of the individual, except in cases where this is obvious and self-evident: *per* Dickson C.J., in *R. v. Oakes*, *supra*, at page 138. In the latter situation, strong submissions would probably suffice to tip the scale. In other cases the evidence of justification could conceivably take the form of social science reports or studies. The modes of proof will undoubtedly vary according to the circumstances of the particular case.

The Prime Minister made a statement concerning the 1977 conviction of Brian Davies in which he stated that the purpose of the regulatory prohibitions against landing or flying an aircraft near any seal on the ice was to bring to an end the former unregulated and extremely hazardous practice of hunting seals by aircraft. Henceforth, hunters could only approach the site of the hunt by ship. There is other evidence to the same effect. There is no compelling evidence that the purpose of the Regulations was to deny access to the news media. In fact, all indications point the other way. In 1982 there were forty-nine requests for observer permits to view the hunt of which eight were refused, including the three representatives of IFAW. Of the forty-one requests granted, the bulk were to members of the media. Similarly, in 1983 nineteen requests for permits were made, of which fifteen were granted and four were refused. Among those granted, nine were to media personnel.

sées par le Règlement sont justifiables au sens de l'article premier de la Charte.

Un examen détaillé et précis de l'alinéa 2b) [de la Charte] mène, à mon avis, inévitablement à la conclusion que la liberté d'expression doit inclure la liberté d'accès à toute information pertinente aux idées ou aux croyances que l'on cherche à exprimer, sous réserve des restrictions raisonnables et nécessaires pour la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou les mœurs publics ou les droits et libertés fondamentaux d'autrui.

La question ainsi posée est la suivante: le Règlement vise-t-il la conservation et la protection des phoques ainsi que la gestion et le contrôle adéquats de la chasse du phoque, compte tenu des origines ancestrales et traditionnelles de cette chasse et des droits des personnes dont la subsistance dépend de cette activité, ou l'objet principal de ce Règlement est-il de supprimer la liberté d'expression? À mon avis, l'objet du Règlement est parfaitement valable. Néanmoins, son véritable effet a été d'empiéter sur la liberté d'expression des demandeurs, garantie par la Charte, dans le sens large de liberté d'accès à l'information. À prime abord, leur droit a été violé et il devient nécessaire maintenant d'examiner l'article premier de la Charte afin de déterminer si les limites imposées sont «raisonnables» et si leur «justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Le fardeau de prouver la justification incombe aux défendeurs en leur qualité de partisans de la législation contestée. Quelle sorte de preuve s'impose? La réponse est loin d'être claire. L'opinion prédominante est qu'il faudrait une preuve suffisamment forte pour convaincre la cour du caractère raisonnable des limites, c'est-à-dire de l'équilibre entre les intérêts légitimes de la société et les droits de l'individu, sauf dans les cas où cela est évident (voir la décision du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, à la page 138) et alors, des arguments convaincants suffiraient probablement à l'emporter. Dans d'autres affaires, la preuve de la justification pourrait prendre la forme de rapports ou d'études en sciences sociales. La forme de la preuve variera sans doute selon les circonstances de chaque cas.

Dans une déclaration sur la condamnation de Brian Davies en 1977, le Premier Ministre a précisé que les interdictions du Règlement, relativement à l'atterrissage ou au survol en aéronef près d'un phoque qui se trouve sur la glace, visaient à mettre fin à la pratique, non réglementée et extrêmement dangereuse, consistant à chasser les phoques par aéronef. Désormais, les chasseurs ne pourront s'approcher de l'endroit de la chasse que par navire. Il existe d'autres preuves qui abondent dans le même sens. Aucune preuve ne nous oblige à conclure que le Règlement vise à refuser l'accès à la presse. En fait, tout indique le contraire. En 1982, quarante-neuf demandes de permission d'observer la chasse ont été présentées, huit ont été refusées dont celles des trois représentants du FIDA. Les quarante et une demandes acceptées émanaient pour la plupart des représentants des médias. De même, en 1983, dix-neuf demandes de permission ont été présentées dont quinze ont été acceptées et quatre refusées. Parmi celles qui ont été acceptées, neuf émanaient de représentants des médias.

What other justifications are there, if any, for the stringent prohibition against landing or flying aircraft close to any seal on the ice? I find on the evidence that the presence of low-flying aircraft would cause some dispersion of the seal herds. Dr. David Lavigne, the plaintiff's principal expert on seals, confirmed this during his testimony. Davies himself honestly admitted to it. The fact was also unequivocally corroborated by the evidence of Messrs. Renaud and Small, sealing captains of many years proven experience. The evidence also established that buzzing aircraft would disrupt the normal pattern of nursing behaviour between mother seal and whitecoat pup but the quantifiable extent of actual detriment was left to conjecture and inference. Conceivably, there would have to be some.

Was the governmental restriction against active protestors reasonable in the circumstances? There is something of a fine line between the activity of searching for information to mount an effective protest against a lawful commercial activity and the act of protesting that activity at the very scene of operations. The sealers were becoming sensitive to the fanfare and reluctant to have their photographs taken. The sealers were perceived by the government as an important social, economic and political constituency and the governmental objective was to recognise their right to pursue their livelihood free from the interference of protestors. The ice pans are no place to stage a protest. This was the firm conviction of senior fisheries protection officer, Stanley Dudka, born of long experience at the scene of many hunts. He alluded to five occasions over the years when he had to rescue Davies or some of his compatriots because of weather conditions or other adversities.

Dr. Lavigne related the eerie personal experience of having crossed an ice pan in the morning on his way to the hunt and retracing his steps in the afternoon to find that his footprints were obliterated because the ice pan which he had earlier traversed had afterwards done a complete flip-flop in the leads of open water. Safety alone would necessarily impose some restriction of free access.

Based on the totality of evidence, it is my opinion that the collective governmental interest of protecting both the seals and the fundamental right of the sealers to pursue their historical avocation clearly outweighs the plaintiffs' enshrined right of freedom of access to information. In the result, the limitations prescribed by the *Seal Protection Regulations* are reasonable in the circumstances and demonstrably justifiable by the normal, perceptive standards of a free and democratic society.

In my view there can be no doubt that the Trial Judge was right in his "expansive and purposive scrutiny" of the Charter guarantee of freedom of expression. In so doing I believe he was also right in his conclusion that "freedom of expression must include freedom of access to all information pertinent to the ideas or beliefs sought to be expressed." In coming to this conclusion he cited

Quelles autres raisons justifiaient l'interdiction stricte d'atterrir ou de survoler en aéronef près d'un phoque qui se trouve sur la glace? Selon la preuve, je conclus que le survol d'un aéronef à basse altitude disperserait les troupeaux de phoques. Le D<sup>r</sup> David Lavigne, expert (en phoques) principal des demandeurs, a confirmé ce point au cours de son témoignage. B. Davies lui-même le reconnaît honnêtement. Le fait a été aussi corroboré clairement par les témoignages de MM. Renaud et Small, capitaines experts en chasse du phoque ayant à leur actif une expérience de nombreuses années. La preuve a également établi que le bruit d'un aéronef perturberait la maman phoque allaitant son bébé, mais on n'a pu évaluer l'étendue des dommages réels causés par ce genre de perturbation autrement que par la déduction et en se réduisant aux conjectures. Il est concevable qu'il doit y avoir certains dommages.

Les restrictions imposées par le gouvernement aux protestataires militantes étaient-elles raisonnables dans les circonstances? Il y a une distinction très subtile entre le fait de chercher de l'information afin de mener une campagne efficace de protestation contre une activité commerciale légale et le fait de protester contre cette activité sur les lieux mêmes où elle se déroule. Les chasseurs de phoques devenaient sensibles à toute cette publicité et refusaient de se laisser photographier. Le gouvernement les considérait comme un important groupe social, économique et politique et il désirait reconnaître leur droit de gagner leur vie, loin de l'intervention des protestataires. La banquise n'était guère un endroit indiqué pour faire des protestations. M. Stanley Dudka en était d'ailleurs fermement convaincu, lui qui était agent supérieur de protection des pêches et qui avait acquis une grande expérience en la matière en assistant à de nombreuses chasses. Il a mentionné cinq occasions où il a dû aller à la rescousse de B. Davies et de ses congénères, notamment en raison des mauvaises conditions atmosphériques.

Le D<sup>r</sup> Lavigne a raconté l'étrange aventure qu'il a vécue personnellement en traversant la banquise un matin pour s'en aller à la chasse et en revenant par le même chemin l'après-midi pour découvrir que la trace de ses pas avait disparu parce que la glace s'était complètement retournée dans les eaux du chenal. La sécurité justifierait à elle seule l'imposition de certaines restrictions à la liberté d'accès.

Compte tenu de l'ensemble de la preuve, je suis d'avis que l'intérêt collectif du gouvernement de protéger les phoques, ainsi que le droit fondamental des chasseurs de phoques d'exercer leur métier ancestral, l'emportent nettement sur la liberté d'accès à l'information des demandeurs, garantie par la Charte. En conséquence, les restrictions prévues par le *Règlement sur la protection des phoques* sont raisonnables dans les circonstances et leur justification peut se démontrer dans le cadre normal d'une société libre et démocratique.

Selon moi, il ne fait aucun doute que le juge de première instance a eu raison dans son «examen détaillé et précis» de la liberté d'expression garantie par la Charte. Je crois qu'il a eu aussi raison en concluant que «la liberté d'expression doit inclure la liberté d'accès à toute information pertinente aux idées ou aux croyances que l'on cherche à exprimer». Pour en arriver à cette conclusion, il a

article 19 of the *International Covenant on Civil and Political Rights with Optional Protocol*, [[1976] Can. T.S., No. 47] to which Canada is a party, which reads as follows:

## ARTICLE 19

1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.
2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.
3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

- (a) For respect of the rights or reputations of others;
- (b) For the protection of national security or of public order (*ordre public*), or of public health or morals.

The inclusion of the freedom to seek information in subsection 19(2) was a deliberate one, reached against the views of those who wanted the protection limited to the more passive gathering of information: Professor Karl Josef Partsch, "Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms", *The International Bill of Rights*, New York: Columbia University Press, 1981, page 218.

There can be no doubt that, in the words of Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at page 349; 38 D.L.R. (4th) 161, at page 185, "these norms provide a relevant and persuasive source for interpretation of the provisions of the *Charter*." The broad language of subsection 19(2) of the International Covenant is indeed virtually identical with that of article 19 of the earlier *Universal Declaration of Human Rights* [G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 (1948)], of which Canada is also a signatory, as follows:

19. Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

The only Supreme Court of Canada decision on freedom of expression would support the same conclusion: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*,

cité l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques avec Protocole facultatif* [[1976] R.T. Can., n° 47], auquel le Canada a adhéré, qui se lit comme suit :

## ARTICLE 19

1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.
2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.
3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

- a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
- b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

La liberté de rechercher des informations dont il est question au paragraphe 19(2) a été délibérément incluse, à l'encontre des vues de ceux qui préconisaient une protection restreinte au rassemblement passif d'informations: le professeur Karl Josef Partsch, "Freedom of Conscience and Expression, and Political Freedoms", *The International Bill of Rights*, New York: Columbia University Press, 1981, page 218.

Il ne fait aucun doute que, pour emprunter les mots du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, aux pages 349 et 350; 38 D.L.R. (4th) 161, à la page 185, «ces normes constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière [la Charte].» La formulation large du paragraphe 19(2) du Pacte international est en fait presque identique à l'article 19 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* [A.G. Rés. 217A (III), Doc. A/810 N.U. (1948)], proclamée plus tôt et dont le Canada est également signataire. Ledit article se lit comme suit:

19. Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.

La seule décision de la Cour suprême du Canada sur la liberté d'expression semblerait soutenir cette conclusion: *SDGMR c. Dolphin Deli-*

[1986] 2 S.C.R. 573; 33 D.L.R. (4th) 174. *Dolphin Delivery* deals with the other end of the freedom of expression spectrum, the imparting rather than the seeking of information. McIntyre J. for the majority appears to take the view that all forms of peaceful picketing fall within the scope of the freedom of expression protected by paragraph 2(b) of the Charter, at pages 786 S.C.R.; 791 D.L.R.: on this point see the case note by Professor Brian Etherington at (1987), 66 *Can. Bar Rev.*, p. 818. This expansion of the traditionally recognized freedom of expression at the imparting end would, by analogy, favour an expansive interpretation at the source end.

Given this expansive interpretation, I would also agree with the Trial Judge that the *locus* limitation in subsection 11(6) of the Regulations, which forbids any unlicensed person to approach within half a nautical mile of the seal hunt impinges on the freedom of expression. It differs from the infringement on freedom of expression before this Court in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1987] 2 F.C. 68; 36 D.L.R. (4th) 501, in that, apparently and as the Trial Judge found, the limitation in the case at bar does not have the purpose but only the effect of so doing.

It does, nevertheless, completely restrain the appellants' freedom of expression, forbidding as it does their attendance at the hunt in all circumstances. The only saving feature is the possibility of a licence, but in my view a licensing procedure cannot save an otherwise complete interference with a fundamental freedom under section 2. If restraint by licensing is to be justified, it can be only under section 1.<sup>2</sup> I therefore agree with the

<sup>2</sup> No Canadian decision to this effect was cited to this Court, but my conclusion is supported by U.S. case law. For example, in *Shuttlesworth v. Birmingham*, 394 U.S. 147 (1969), at pp. 150-151, Stewart J. held for a majority of the Supreme Court that "a law subjecting the exercise of First Amendment freedoms to the prior restraint of a license, without narrow, objective, and definite standards to guide the licensing authority, is unconstitutional. [Emphasis added.] The question of the adequacy of standards is under the Canadian Charter a section 1 consideration (relating to means).

*very Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; 33 D.L.R. (4th) 174. L'arrêt *Dolphin Delivery* traite de l'autre pôle de la question de la liberté d'expression, c'est-à-dire la liberté de répandre plutôt que de rechercher des informations. Parlant au nom de la majorité, le juge McIntyre (pages 786 R.C.S.; 791 D.L.R.) semble être d'avis que toute forme de piquetage paisible s'inscrit dans la liberté d'expression protégée par l'alinéa 2b) de la Charte. Sur cette question, voir les notes du professeur Brian Etherington sur la cause dans (1987), 66 *R. du B. Can.*, p. 818. Cet élargissement de la liberté d'expression traditionnellement reconnue au droit de répandre des informations favoriserait, par analogie, un élargissement de l'interprétation en ce qui concerne la source.

Compte tenu de cette interprétation élargie, je serais aussi d'accord avec le juge de première instance que la clause limitative relative au lieu énoncée au paragraphe 11(6) du Règlement, en vertu de laquelle une personne non titulaire d'un permis ne peut approcher à moins d'un demi-mille marin du lieu où une chasse au phoque est en cours, empiète sur la liberté d'expression. Cet empiètement diffère de celui qui a été invoqué devant cette Cour dans l'affaire *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1987] 2 C.F. 68; 36 D.L.R. (4th) 501, en ce que, comme l'a constaté le juge de première instance, il découle apparemment, non pas du but de la loi, mais de son effet.

Néanmoins, cette clause limitative restreint complètement la liberté d'expression des appelants en leur interdisant d'assister à la chasse dans toutes les circonstances. Son seul bon côté est la possibilité d'obtenir un permis mais, selon moi, cette procédure ne saurait racheter un empiètement par ailleurs total sur une liberté fondamentale prévue à l'article 2. Une restriction au moyen d'un système de permis ne peut être justifiée qu'en vertu de l'article 1<sup>2</sup>. Je suis donc d'accord avec le

<sup>2</sup> Aucune décision canadienne à cet effet n'a été citée à cette Cour, mais la jurisprudence américaine appuie ma conclusion. Par exemple, dans l'affaire *Shuttlesworth v. Birmingham*, 394 U.S. 147 (1969), aux p. 150 et 151, le juge Stewart, parlant au nom de la majorité de la Cour suprême, affirme que: [TRADUCTION] «une loi qui assujettit l'exercice des libertés du premier Amendement à un système . . . de permis, sans normes étroites, objectives et précises pour guider les responsables de l'attribution des permis, est inconstitutionnelle». [C'est moi qui souligne.] La question de la suffisance des normes est une considération qui s'inscrit dans le cadre de l'article 1 de la Charte canadienne (en rapport avec les moyens).

Trial Judge that the *locus* limitation in section 11(6) impinges on freedom of expression as protected by paragraph 2(b) of the Charter. It is thus necessary to turn to an analysis under section 1.

The two leading authorities on the approach to be taken under section 1 of the Charter are the reasons for judgment by Dickson C.J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, [1985] 1 S.C.R. 295; 18 D.L.R. (4th) 321; 18 C.C.C. (3d) 385; 13 C.R.R. 64; and in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; 26 D.L.R. (4th) 200; 65 N.R. 87; 24 C.C.C. (3d) 321; 19 C.R.R. 308. In the latter judgment he set forth the criteria to be applied in this way at pages 138-139 S.C.R.; 227 D.L.R.; 128-129 N.R.; 348 C.C.C.; 336-337 C.R.R.:

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a Charter right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible", the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

juge de première instance que la clause limitative relative au lieu du paragraphe 11(6) empiète sur la liberté d'expression qui est protégée par le paragraphe 2b) de la Charte. Il est donc nécessaire de faire une analyse à la lumière de l'article 1.

Le cheminement à suivre pour une telle analyse se retrouve dans les motifs des deux décisions maîtresses du juge en chef Dickson, à savoir : *R. c. Big M Drug Mart Ltd. et autres*, [1985] 1 R.C.S. 295; 18 D.L.R. (4th) 321; 18 C.C.C. (3d) 385; 13 C.R.R. 64; et *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; 26 D.L.R. (4th) 200; 65 N.R. 87; 24 C.C.C. (3d) 321; 19 C.R.R. 308. Dans ce dernier jugement, il énonce les critères applicables qui suivent aux pages 138 et 139 R.C.S.; 227 D.L.R.; 128 et 129 N.R.; 348 C.C.C.; 336 et 337 C.R.R.:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la page 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».



The appellants contended that in the case at bar the Trial Judge addressed only the second criterion and not the first. In my view, he seems to have held at least implicitly that the criterion as to the objective of the Regulations was satisfied. But whether he did or not, the matter was fully argued before this Court and must now be decided.

The respondents submitted that the legislative objective was the twofold one of protecting the seal herds and protecting the sealers' exercise of their livelihood. The appellants argued that, on the authority of the *International Covenant on Civil and Political Rights with Optional Protocol*, neither of these objectives could be taken into account under section 1. They relied on subsection 19(3) of that Covenant which, as set out above, limits possible restrictions on the freedom of expression to "respect of the rights or reputations of others . . . , the protection of national security or of public order (*ordre public*), or of public health or morals."

I would be reluctant to follow such an interpretation against the clear (and open-ended) wording of section 1 of the Charter, "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." If the framers of the Charter had wanted to limit the values protected by the Charter in the fashion proposed, they could easily have done so, but in point of fact they adopted a different formula. I take the use of a similar list ("public safety, order, health or morals or the fundamental rights and freedoms of others") by Dickson C.J. in a general context in the *Big M Drug Mart* case, *supra*, at pages 337 S.C.R.; 354 D.L.R.; 418 C.C.C.; 97-98 C.R.R., to be illustrative rather than definitive. Indeed, in *Oakes* (at pages 136 S.C.R.; 225 D.L.R.; 125-126 N.R.; 346 C.C.C.; 334-335 C.R.R.) Chief Justice Dickson sets out a broader formulation which he also explicitly leaves open-ended:

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person,

Les appelants ont soutenu que le juge de première instance n'avait tenu compte que du deuxième critère. Selon moi, il semble avoir conclu, du moins implicitement, que le critère relatif à l'objectif du Règlement était satisfait. Mais, qu'il ait ou non fait cette constatation, la question a été plaidée en profondeur devant cette Cour et elle doit maintenant être tranchée.

Les intimés ont maintenu que le double objectif législatif était de protéger les troupeaux de phoques et le droit des chasseurs de gagner leur vie. Les appelants ont soutenu que, selon le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques avec Protocole facultatif*, on ne pouvait tenir compte de ni l'un ni l'autre de ces objectifs dans l'application de l'article 1. Ils s'appuient sur le paragraphe 19(3) de ce Pacte qui, comme il est énoncé ci-dessus, ne limite l'exercice de la liberté d'expression que lorsqu'il est nécessaire de le faire pour le «respect des droits ou de la réputation d'autrui . . . la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques».

J'hésiterais à adopter cette interprétation à l'encontre de la formulation claire et ouverte de l'article 1 de la Charte, qui parle de «limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Si le législateur avait voulu restreindre les valeurs protégées par la Charte de la façon proposée, il aurait facilement pu le faire; mais il a adopté une autre formule. J'estime que l'utilisation d'une liste semblable («la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui») par le juge en chef Dickson dans un contexte général dans la décision *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, aux pages 337 R.C.S.; 354 D.L.R.; 418 C.C.C.; 97 et 98 C.R.R., vise plutôt à illustrer qu'à circonscrire. En fait, dans l'arrêt *Oakes* (aux pages 136 R.C.S.; 225 D.L.R.; 125 et 126 N.R.; 346 C.C.C.; 334 et 335 C.R.R.) le juge en chef offre une formulation plus large qu'il laisse aussi explicitement libre:

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchéassement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de

commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

Moreover, subsection 19(3) has to be read in the context of the whole International Covenant. Particularly relevant in this respect is the following recital to the Covenant:

*Recognizing* that, in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free human beings enjoying civil and political freedom and freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his civil and political rights, as well as his economic, social and cultural rights. [Emphasis added.]

Article 1 must also be taken into account:

#### ARTICLE 1

1. All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

2. All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence. [Emphasis added.]

These references indicate that this international convention is to be interpreted along with the companion *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* [[1976] Can. T.S., No. 46.], to which Canada is a party, and obviously in contemplation of the rights protected by that covenant, in particular, "the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want" (preamble) and "the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family" (subsection 11(1)).

The Trial Judge's findings as to the public interests protected by the Regulations and which therefore must be taken into account under section 1 are clear. In one passage (page 264) he referred to them as "protecting both the seals and the fundamental right of the sealers to pursue their historical avocation." In another (page 267) he spoke of the fishery "as a natural and public resource that embraces not only the marine animals themselves but the business of sealing in the context of the right to legitimately exploit the resource in the

l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

<sup>a</sup> En outre, le paragraphe 19(3) doit s'interpréter compte tenu du contexte d'ensemble du Pacte international. À cet égard, le préambule est particulièrement pertinent:

<sup>b</sup> *Reconnaissant* que, conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme, l'idéal de l'être humain libre, jouissant des libertés civiles et politiques et libéré de la crainte et de la misère, ne peut être réalisé que si des conditions permettant à chacun de jouir de ses droits civils et politiques, aussi bien que de ses droits économiques, sociaux et culturels, sont créées. [C'est moi qui souligne.]

Il faut également tenir compte de l'article 1:

#### ARTICLE PREMIER

<sup>d</sup> 1. Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel.

<sup>e</sup> 2. Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l'intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de ses propres moyens de subsistance. [C'est moi qui souligne.]

<sup>f</sup> Ces renvois indiquent que cette convention internationale doit être interprétée de concert avec le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* [[1976] R.T. Can., n° 46] auquel le Canada est partie, et évidemment en <sup>g</sup> contemplation des droits protégés par ce pacte, en particulier «l'idéal de l'être humain libre, libéré de la crainte et de la misère» (préambule) et «le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille» (paragraphe 11(1)).

<sup>h</sup> Les constatations du juge de première instance quant aux intérêts publics que le Règlement protège et dont il faut conséquemment tenir compte en vertu de l'article 1 sont claires. Dans un passage (page 264), il y fait référence comme étant le devoir «de protéger les phoques, ainsi que le droit fondamental des chasseurs de phoques d'exercer leur métier ancestral». Dans un autre passage <sup>j</sup> (page 267), il parle des pêcheries «comme une ressource naturelle et publique qui comprend non seulement les animaux marins eux-mêmes, mais

place where it is found and the right is lawfully exercised." I shall refer to the two governmental interests he identifies as the environmental and the livelihood interests.

The appellants urged this Court to conclude that the only public interest in play was that as to the sealers' livelihood, but they were not, in my opinion, able successfully to base such an interpretation on the factual materials. Moreover, the link between the size of the fish stock and the number of seals, which maintain themselves by eating fish, is such a basic fact of nature that it would be hard to see how the environmental factor could be disregarded.

The Supreme Court has said in the *Big M* and *Oakes* cases that the governmental objectives reasonably justifiable under section 1 must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected freedom, not trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society, relating to concerns which are pressing and substantial. I do not take the word pressing to imply any urgency as to timing so as to constitute an emergency, but rather in the same sense as substantial and sufficiently important.

In my view the governmental objectives in the case at bar do meet that high standard. The right to a livelihood is one of the most fundamental, if not the most fundamental, of economic rights and may be said to be necessary to the fulfilment of a human being. In this sense it may perhaps be thought of as attaining the status of a social right rather than a merely economic interest. Moreover, it is certainly an aspect of the right to an "adequate standard of living" recognized by subsection 11(1) of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*.

With respect to the environmental objective, I believe that the recent decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [[1988] 1 S.C.R. 401] is very much in point. The issue in question was federal legislative competence in the protection of the marine environment from pollution, and a majority of the participating judges (four of seven) held that

également la chasse du phoque dans la mesure où il s'agit du droit d'exploiter légitimement les ressources à l'endroit où on les trouve et où le droit est exercé légalement». Je vais appeler les deux intérêts gouvernementaux qu'il a cernés, l'intérêt environnemental et l'intérêt des chasseurs.

Les appelants ont incité la Cour à conclure que le seul intérêt public en jeu avait trait au droit des chasseurs de gagner leur vie, mais ils n'ont pas réussi, selon moi, à démontrer le fondement d'une telle interprétation des faits. En outre, le rapport entre la quantité de poissons et le nombre de phoques, qui se nourrissent de poissons, constitue un phénomène naturel si fondamental qu'il est difficile de voir comment on pourrait ignorer le facteur environnemental.

Dans les décisions *Big M* et *Oakes*, la Cour suprême a indiqué que, pour bénéficier de la protection de l'article 1, l'objectif gouvernemental doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'une liberté garantie par la Constitution; il doit être important et compatible avec les principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique; et il doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Je ne crois pas que le mot urgentes doive s'entendre d'une urgence temporelle, mais plutôt s'entendre d'une préoccupation réelle et suffisamment importante.

À mon avis, en l'espèce les objectifs du gouvernement satisfont à cette norme sévère. Le droit de gagner sa vie est l'un des droits économiques les plus fondamentaux, sinon le plus fondamental, et il peut être considéré comme nécessaire à l'épanouissement de l'être humain. En ce sens il peut même être perçu comme un droit social plutôt qu'un simple intérêt économique. De plus, il constitue certainement un aspect du droit à un «niveau de vie suffisant» reconnu au paragraphe 11(1) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*.

En ce qui concerne l'objectif environnemental, je crois que la récente décision de la Cour suprême du Canada, *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [[1988] 1 R.C.S. 401], est très pertinente. La compétence législative fédérale relative à la protection de l'environnement marin contre la pollution était le point en litige. La Cour a majoritairement décidé (quatre juges sur sept) que la pollution

marine pollution was of sufficient national concern to be justified by the "peace, order and good government" power under its "national concern or dimension", aspect. It seems to me reasonable to conclude that the related matter of environmental balance between fish and seals is a substantial and sufficiently important legislative objective to merit section 1 status.

Once a sufficiently significant objective is at least *prima facie*<sup>3</sup> established, then the party invoking section 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. The three components of the *Oakes* proportionality test are, in short, rational connection to the objective, the minimum interference with the impaired freedom, and proportionality between the effects and the objective. In this context it is clear that there is a fatal defect in the *locus* limitation, which might also be approached through the requirement that any limits to protected freedoms must be "prescribed by law", as that concept has been developed by Professor Dale Gibson, *The Law of the Charter: General Principles*, Toronto: Carswell, 1986, at pages 152-155.

The respondents attempted to establish that the licensing scheme established by subsection 11(9) provided an open access system under which all applications for permits would be granted, but such a benign interpretation is totally inconsistent with the fact that applications by or on behalf of IFAW for permits were refused probably in several years and particularly in 1982, and that in 1981 Davies' and Best's applications were refused and permission was granted for only one person from IFAW to attend the hunt on one day, subject to the availability of a Fisheries Enforcement Officer (Transcript of evidence, vol. 1, pages 95-102; vol. 2, pages 255-317; vol. 3, pages 321-383). In fact, counsel for the respondents was unable to sustain this contention in argument.

<sup>3</sup> To my eye Chief Justice Dickson's interpretation of his third principle as to means seems to imply that, at the very end of the process of balancing required by section 1, the sufficiency of the objective may be reconsidered. If so, it was never more than *prima facie* established.

marine représentait une préoccupation de dimension nationale suffisamment importante pour relever de la clause relative à «la paix, l'ordre et le bon gouvernement». Il me semble raisonnable de conclure que la question connexe visant l'équilibre environnemental entre le poisson et les phoques constitue un objectif législatif réel et suffisamment important pour mériter la protection de l'article premier.

Dès lors qu'un objectif est reconnu comme au moins de prime abord<sup>3</sup> suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors établir que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Les trois éléments du critère de proportionnalité énoncés dans l'arrêt *Oakes* se résument comme suit: lien rationnel avec l'objectif en question, atteinte minimale à la liberté en cause et proportionnalité entre les effets et l'objectif. À la lumière de ces éléments, il devient évident que la restriction relative au lieu contient un vice rédhibitoire, et que l'on pourrait également examiner cette limite en fonction de l'exigence voulant que toute restriction d'une liberté protégée le soit par «une règle de droit», comme ce concept a été élaboré par le professeur Dale Gibson dans *The Law of the Charter: General Principles*, Toronto: Carswell, 1986, aux pages 152 à 155.

Les intimés ont tenté d'établir qu'en vertu du système de permis prévu au paragraphe 11(9) toutes les demandes d'accès seraient accordées. Cependant, une telle interprétation simpliste est contredite par le fait que l'on a refusé des demandes du FIDA, ou des demandes faites pour le compte du FIDA, probablement durant plusieurs années, mais particulièrement en 1982. En 1981 on a aussi refusé les demandes de B. Davies et S. Best et l'on n'a accordé qu'une seule permission d'une journée à un membre du FIDA pour assister à la chasse en présence d'un fonctionnaire préposé à l'application de la *Loi sur les pêcheries* (Transcription de la preuve, vol. 1, pages 95 et 102; vol. 2, pages 255 et 317; vol. 3, pages 321 et 383). En fait, l'avocat des intimés n'a pas pu soutenir cette prétention dans son argument.

<sup>3</sup> À mon avis, l'interprétation du juge en chef Dickson de son troisième élément portant sur le moyen semble faire supposer qu'à la limite de l'analyse du critère de proportionnalité qu'exige l'article 1 on puisse reconsidérer la suffisance de l'objectif. Si tel est le cas, on ne l'a jamais établi que de prime abord.

In fact, the permit procedure set up by the Regulations is official discretion at large, with no specified standards at all, not even verbal formulations of them. Limits on the freedom of expression cannot be left to official whim but must be articulated as precisely as the subject matter allows: *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 147 D.L.R. (3d) 58 (Ont. Div. Ct.); affd. (1984), 5 D.L.R. (4th) 766 (Ont. C.A.); 41 O.R. (2d) 583; affd. 45 O.R. (2d) 80; leave to appeal to S.C.C. granted but appeal discontinued December 17, 1985.

The *locus* limitation therefore fails on at least the second and third means tests: the means, far from being a minimal interference with the freedom of expression, do not even purport to limit the infringement as much as possible; moreover, the effects of the Regulations are clearly disproportionate to the legislative objective, going far beyond what is necessary for that purpose.

### III

As I have mentioned, the Trial Judge applied the same analysis to both the *locus* limitation and the aircraft approach limitation of the Regulations and at all times treated both together. In this I believe he committed an error of law in that the effect of the two limitations were different: the former was a total interference with the freedom of expression, the latter a partial and, arguably, a small one.

The evidence I reviewed earlier reveals ample justification for the aircraft approach limitation to protect both seal and indeed human life. Granted that there was some effect on the appellants' freedom of expression, the appellants must nevertheless establish that it was sufficient to constitute a section 2 infringement. In my view this is particularly important where the putative infringement occurs only through its effects and was not a purpose of the regulation.

En fait, la procédure d'attribution de permis qui est prévue par le Règlement représente un pouvoir discrétionnaire officiel au sens large. On n'y retrouve aucune norme, même formulée verbalement. La restriction de la liberté d'expression ne peut pas être laissée au bon vouloir d'un fonctionnaire; elle doit être énoncée aussi précisément que le permet la question en cause: *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 147 D.L.R. (3d) 58 (C. div. Ont.); confirmé (1984), 5 D.L.R. (4th) 766 (C.A. Ont.); 41 O.R. (2d) 583; confirmé 45 O.R. (2d) 80; permission d'appel à la C.S.C. accordée; désistement le 17 décembre 1985.

La clause limitative relative au lieu ne satisfait pas au moins au deuxième et troisième critères des moyens. Ceux-ci, loin de porter atteinte le moins possible à la liberté d'expression, ne tendent même pas à restreindre l'empiètement autant que possible. De plus, les effets du Règlement sont nettement disproportionnés à l'objectif législatif en ce qu'ils dépassent de beaucoup ce qui est nécessaire à cette fin.

### III

Comme je l'ai mentionné, le juge de première instance a suivi le même cheminement analytique pour la clause limitative relative au lieu et la clause limitative relative à l'usage d'un aéronef qui sont prévues au Règlement, et il les a tout au long traitées ensemble. Je crois qu'il a ainsi commis une erreur de droit, étant donné que les effets des deux clauses limitatives ne sont pas les mêmes: la première constitue un empiètement illimité sur la liberté d'expression et la deuxième, un empiètement partiel et peut-être même minime.

La preuve que j'ai examinée plus tôt démontre que la clause limitative relative à l'usage d'un aéronef est amplement justifiée pour protéger les phoques et, en fait, la vie humaine. Même s'il est reconnu qu'elle a un certain effet sur la liberté d'expression des appelants, ceux-ci doivent néanmoins démontrer que l'effet était suffisant pour constituer une violation de l'article 2. Selon moi, ceci est particulièrement important lorsque la violation putative n'a lieu qu'à travers ses effets et qu'elle n'était pas le but visé par le règlement.

In the *Big M* case, *supra*, where the Court was concerned with a direct command, on pain of sanction, to conform to Sunday observance, Dickson C.J. put the emphasis on coercion as the constitutive element of interference with the freedom of religion (pages 336-337 S.C.R.; 354 D.L.R.; 417-418 C.C.C.; 97-98 C.R.R.):

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience. [Emphasis added.]

He returned to the same subject in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at page 759; 35 D.L.R. (4th) 1 at pages 34-35; 55 C.R. (3d) 193, at pages 226-227; 30 C.C.C. (3d) 385, at pages 418-419; 28 C.R.R. 1, at pages 33-34:

This does not mean, however, that every burden on religious practices is offensive to the constitutional guarantee of freedom of religion. It means only that indirect or unintentional burdens will not be held to be outside the scope of *Charter* protection on that account alone. Section 2(a) does not require the Legislatures to eliminate every miniscule state-imposed cost associated with the practice of religion. Otherwise the *Charter* would offer protection from innocuous secular legislation such as a taxation act that imposed a modest sales tax extending to all products, including those used in the course of religious worship. In my opinion, it is unnecessary to turn to s. 1 in order to justify legislation of that sort. The purpose of s. 2(a) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices. The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(a) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is

Dans la décision *Big M*, précitée, dans laquelle la Cour examinait un ordre direct, sous peine de sanction, d'observer le dimanche, le juge en chef Dickson a insisté sur la coercition comme élément constitutif de l'empiétement sur la liberté de religion (pages 336 et 337 R.C.S.; 354 D.L.R.; 417 et 418 C.C.C.; 97 et 98 C.R.R.):

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publiques ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. [C'est moi qui souligne.]

Il reprend le même thème dans la décision *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la page 759; 35 D.L.R. (4th) 1, aux pages 34 et 35; 55 C.R. (3d) 193, aux pages 226 et 227; 30 C.C.C. (3d) 385, aux pages 418 et 419; 28 C.R.R. 1, aux pages 33 et 34:

Cela ne veut pas dire cependant que toute entrave à certaines pratiques religieuses porte atteinte à la liberté de religion garantie par la Constitution. Cela signifie uniquement qu'une entrave indirecte ou involontaire ne sera pas, de ce seul fait, considérée comme non assujettie à la protection de la *Charte*. L'alinéa 2a) n'exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit il, imposé par l'État relativement à la pratique d'une religion. Autrement, la *Charte* offrirait une protection contre une mesure législative laïque aussi inoffensive qu'une loi fiscale qui imposerait une taxe de vente modeste sur tous les produits, y compris ceux dont on se sert pour le culte religieux. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'invoquer l'article premier pour justifier une telle mesure législative. L'alinéa 2a) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques. La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d'ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État soit interdit par l'al. 2a), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi

not prohibited if the burden is trivial or insubstantial . . .  
[Emphasis added.]

In the passage just cited permissible costs are described as “miniscule”, “trivial”, and “insubstantial”, with the last adjective perhaps having a broader meaning than the first two. As the Chief Justice proceeds with his analysis, the emphasis appears to continue to broaden (at pages 762-767 S.C.R.; 36-40 D.L.R.; 229-233 C.R.; 420-424 C.C.C.; 36-40 C.R.R.):

The Act has a different impact on persons with different religious beliefs. Four classes of persons might be differently affected: those not observing any religious day of rest, those observing Sundays, those observing Saturdays, and those observing some other day of the week.

(i) *Non-Observers*

Consider, first, the persons who do not subscribe as a matter of faith to a duty to refrain from working or shopping on any specified day of the week.

For reasons which I have outlined above, however, the effects of the Act on non-observing retailers are generally secular in nature and do not impair or abridge their freedom of conscience or religion, at least in the absence of convincing evidence that the desire to remain open is motivated by dissentient religious purposes rather than purely business considerations.

(ii) *Sunday Observers*

The Act has a favourable impact on Sunday observers. By requiring some other retailers to refrain from trade on a day of special religious significance to Sunday observers, the latter are relieved of a loss of market share to retailers who would have been open for business on Sunday in the absence of the Act. The cost of religious observance has been decreased for Sunday observers by the enactment of the legislation.

(iii) *Saturday Observers*

There is evidence in the record that it is a religious tenet of the Jewish and Seventh-day Adventist faiths not to work or transact business on Saturdays. Other faiths may also observe Saturday as a religious day of rest, but for the purposes of the present appeals it is the effects on Jews and Seventh-day Adventists that will be considered.

The Attorney General of Ontario submits that any disability suffered by Saturday-observing retailers is a consequence of their religious beliefs, and not of the Act. Even in the absence of the Act, devout Jews and Seventh-day Adventists would close on Saturdays. The effect of the Act is to require them and all other persons, subject to the exemptions but irrespective of religious persuasion, to close on Sundays.

imposé est négligeable ou insignifiant . . . [C'est moi qui souligne.]

Dans le passage précité, le juge Dickson décrit les coûts admissibles par les adjectifs «minimes», «négligeables» et «insignifiants», le dernier ayant peut-être un sens plus large que les deux premiers. À mesure que le juge en chef poursuit son analyse, l'accent semble se faire plus insistant (aux pages 762 à 767 R.C.S.; 36 à 40 D.L.R.; 229 à 233 C.R.; 420 à 424 C.C.C.; 36 à 40 C.R.R.):

La Loi a des répercussions différentes sur les personnes qui ont des croyances religieuses différentes. Quatre catégories de personnes pourraient être touchées d'une manière différente: celles qui n'observent aucun jour de repos religieux, celles qui observent le dimanche, celles qui observent le samedi et celles qui observent un autre jour de la semaine.

(i) *Les personnes qui n'observent aucun jour de repos religieux*

Considérons d'abord les personnes qui, sur le plan de leur foi, ne souscrivent à aucune obligation de s'abstenir de travailler ou de faire des courses un jour précis de la semaine.

Toutefois, pour les raisons que j'ai exposées plus haut, les effets de la Loi sur les détaillants non pratiquants sont en général de nature laïque et ne portent pas atteinte à leur liberté de conscience ou de religion, tout au moins en l'absence d'éléments de preuve concluants que la volonté de demeurer ouvert est animée par des objectifs de dissidence religieuse plutôt que par des considérations purement commerciales.

(ii) *Les personnes qui observent le dimanche*

La Loi a des répercussions favorables sur les personnes qui observent le dimanche. En obligeant certains autres détaillants à s'abstenir de faire des affaires un jour qui revêt une importance religieuse particulière pour ceux qui observent le dimanche, ces derniers évitent la perte d'une partie du marché aux mains des détaillants qui auraient ouvert leurs portes le dimanche en l'absence de la Loi. L'adoption de la Loi a permis de réduire le coût que l'observance religieuse représente pour ceux qui observent le dimanche.

(iii) *Les personnes qui observent le samedi*

D'après certaines preuves versées au dossier, c'est un précepte religieux de la foi juive et de celle des adventistes du septième jour que de s'abstenir de travailler ou de faire des affaires le samedi. Il se peut qu'il y ait d'autres confessions qui observent aussi le samedi comme jour de repos religieux, mais pour les fins des présents pourvois, ce sont les effets sur les juifs et les adventistes du septième jour qui seront examinés.

Le procureur général de l'Ontario soutient que tout désavantage que peuvent subir les détaillants qui observent le samedi est une conséquence de leurs croyances religieuses et non de la Loi. Même en l'absence de la Loi, les adventistes du septième jour et les juifs dévots fermentaient le samedi. La Loi a pour effet de les obliger, comme tout le monde, sous réserve des exemptions mais indépendamment de leurs convictions religieuses, à fermer le dimanche.

In view of the characteristics of the retail industry described in the *Report on Sunday Observance Legislation*, I find myself unable to draw such a neat distinction between benefits accruing to Sunday-observing retailers and burdens imposed on Saturday observers. The Report refers on numerous occasions to the highly competitive nature of the retail industry, such that an increase in sales by one individual retailer occasioned by that retailer's marketing practices tends to result in significant decreases in the sales of other retailers. It follows that if the Act confers an advantage on Sunday-observing retailers relative to Saturday-observing retailers, the latter are burdened by the legislation.

A careful comparison of the effects of Sunday closing legislation on different religious groups clearly demonstrates the manner in which the burden flows from the legislation. In the absence of legislative intervention, the Saturday observer and the Sunday observer would be on a roughly equal footing in competing for shares of the available consumer buying power. Both might operate for a maximum of six days each week. Both would be disadvantaged relative to non-observing retailers who would have the option of a seven day week. On this account, however, they would have no complaint cognizable in law since the disability would be one flowing exclusively from their religious tenets: I agree with Professor Petter that the state is normally under no duty under s. 2(a) to take affirmative action to eliminate the natural costs of religious practices. But, exemptions aside, the *Retail Business Holidays Act* has the effect of leaving the Saturday observer at the same natural disadvantage relative to the non-observer and adding the new, purely statutory disadvantage of being closed an extra day relative to the Sunday observer. Just as the Act makes it less costly for Sunday observers to practice their religious beliefs, it thereby makes it more expensive for some Jewish and Seventh-day Adventist retailers to practice theirs.

It is apparent from the above analysis that the competitive disadvantage experienced by non-exempt Saturday-observing retailers as a result of the Act is at the hands of Sunday-observing retailers. The *Report on Sunday Observance Legislation*, at p. 269, refers to persons attending church on Sundays as "a substantial minority of the population". On the only evidence before the Court, I therefore do not think that the competitive pressure on non-exempt retailers to abandon the observance of a Saturday Sabbath can be characterized as insubstantial or trivial. It follows that their freedom of religion is abridged by the Act.

It is important to recognize, however, that not all Saturday-observing retailers are detrimentally affected. The Act is not merely neutral in its impact on those Jewish and Seventh-day Adventist retailers who can practically comply with the employee and square-footage limits of s. 3(4). It confers a benefit by placing them on a roughly equal competitive footing with non-observing retailers, who, in the absence of legislative intervention, would be free to transact business seven days per week. The effect of the Act, far from producing a systematic

Vu les caractéristiques du secteur du commerce de détail décrit dans le *Report on Sunday Observance Legislation*, je me vois dans l'impossibilité de faire une distinction aussi nette entre les avantages dont bénéficient les détaillants qui observent le dimanche et les fardeaux imposés à ceux qui observent le samedi. Le Rapport parle à maintes reprises de la nature extrêmement concurrentielle du commerce de détail, qui fait qu'une augmentation des ventes que connaît un détaillant en raison de ses pratiques de mise en marché a tendance à entraîner une diminution importante des ventes d'autres détaillants. Il s'ensuit que si la Loi confère un avantage aux détaillants qui observent le samedi, la Loi impose alors un fardeau à ces derniers.

Une comparaison attentive des effets des lois de fermeture le dimanche sur différents groupes religieux démontre clairement comment ce fardeau découle de ces lois. En l'absence d'intervention législative, la personne qui observe le samedi et celle qui observe le dimanche serait à peu près sur un pied d'égalité lorsqu'il s'agirait pour elles de se disputer une partie du pouvoir d'achat des consommateurs. Toutes deux pourraient ouvrir leurs commerces pendant tout au plus six jours par semaine. Toutes deux seraient désavantagées par rapport aux détaillants non pratiquants qui auraient la possibilité d'ouvrir leurs portes sept jours sur sept. À cet égard cependant, elles n'auraient pas de recours en droit puisque leur désavantage découlerait exclusivement de leurs principes religieux: je suis d'accord avec le professeur Petter pour dire que l'État n'a normalement aucune obligation en vertu de l'al. 2a) de prendre des mesures positives pour éliminer les coûts normaux des pratiques religieuses. Mais, toute exemption mise à part, la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* a pour effet de placer celui qui observe le samedi dans la même situation de désavantage normal par rapport au non-pratiquant, et d'ajouter le nouveau désavantage, purement légal, d'avoir à fermer un jour de plus par rapport à celui qui observe le dimanche. Tout comme elle rend moins coûteuse la pratique des croyances religieuses pour ceux qui observent le dimanche, la Loi a en même temps pour effet de rendre cette pratique plus onéreuse pour certains détaillants juifs et adventistes du septième jour.

Il ressort de l'analyse qui précède que le désavantage d'ordre concurrentiel que subissent en raison de la Loi les détaillants qui observent le samedi sans pouvoir bénéficier d'une exemption, profite aux détaillants qui observent le dimanche. Le *Report on Sunday Observance Legislation* décrit, à la p. 269, ceux qui vont à l'église le dimanche comme étant [TRANSCRIPTION] «une minorité importante de la population». D'après les seuls éléments de preuve dont la Cour est saisie, je ne pense donc pas que la pression de la concurrence exercée sur les détaillants non exemptés pour qu'ils cessent d'observer le samedi comme jour de sabbat puisse être qualifiée de peu importante ou de négligeable. Il s'ensuit que leur liberté de religion est diminuée par la Loi.

Il importe de reconnaître cependant que ce ne sont pas tous les détaillants qui observent le samedi qui subissent un préjudice. La Loi n'est pas seulement neutre quant à ses répercussions sur les détaillants juifs et adventistes du septième jour qui peuvent, en pratique, respecter les limites quant au nombre d'employés et à la surface fixées par le par. 3(4). Elle leur profite aussi en les plaçant à peu près sur un pied d'égalité avec les détaillants non pratiquants, leurs concurrents, qui, en l'absence d'intervention législative, seraient libres de faire des



discriminatory burden on all retailers of a particular faith, is to benefit some while burdening others.

Finally, I note that the Act also imposes a burden on Saturday-observing consumers. For single parent families or two-parent families with both spouses working from Monday to Friday, the weekend is a time to do the things one did not have time to do during the week. The Act does not impair the ability of Sunday observers to go shopping or seek professional services on Saturdays, but it does circumscribe that of the Saturday observer on Sundays. Although there is no evidence before the Court of the degree to which shopping variety is restricted on Sundays, I am prepared to assume for the purposes of these appeals that the burden on Saturday-observing consumers is substantial and constitutes an abridgment of their religious freedom. I note that the burden may be particularly onerous on Jewish consumers who rely on retailers such as Nortown Foods Ltd. to supply them with foodstuffs that conform to religious dietary laws, although, once again, I must observe that there is no evidence regarding the degree to which Kosher foods can be purchased from smaller retailers on Sundays.

(iv) *Observers of Another Day of the Week*

In the absence of cogent evidence regarding the nature of Hindu observance of Wednesdays or Moslem observance of Fridays, I am unwilling, and indeed unable, to assess the effects of the Act on members of those religious groups . . .

The evidence regarding the Islamic faith is even less adequate.

What is striking is the degree to which the analysis is carried out in terms of the weight of the burden imposed (or advantage conferred, in a competitive situation). It seems apparent that, for infringement of a section 2 freedom, the burden imposed must be the opposite of "insubstantial". If in positive language "substantial" puts the standard too high, perhaps we can at least say "significant" or "unreasonable".

In my opinion the indirectness of a challenge to a protected freedom must surely also be relevant to a determination of the weight of the burden imposed on the exercise of that freedom. In the case at bar, it is not the protected freedom of expression which is directly in issue but rather the unprotected right to move about freely. In the absence of the considerations of assembly and association under section 2, such freedom of movement merits the mantle of Charter protection only

affaires sept jours par semaine. Loin de créer un fardeau systématiquement discriminatoire pour tous les détaillants d'une foi particulière, la Loi a pour effet de profiter à certains tout en désavantageant d'autres.

Enfin, je remarque que la Loi impose aussi un fardeau aux consommateurs qui observent le samedi. Pour les familles monoparentales ou les familles dont les deux conjoints travaillent du lundi au vendredi, la fin de semaine fournit l'occasion de faire ce qu'on n'a pas le temps de faire pendant la semaine. La Loi ne réduit pas la possibilité de ceux qui observent le dimanche de faire leurs courses ou d'obtenir certains services professionnels le samedi, mais elle le circonscrit pour ceux qui observent le samedi en imposant la fermeture des commerces le dimanche. Quoique la Cour ne soit saisie d'aucun élément de preuve au sujet de la mesure dans laquelle les possibilités de magasinage sont réduites le dimanche, je suis disposé à présumer, pour les fins des présents pourvois, que le fardeau imposé aux consommateurs qui observent le samedi est important et constitue une restriction à leur liberté religieuse. Je souligne que ce fardeau peut être particulièrement onéreux pour les consommateurs juifs qui dépendent de détaillants comme Nortown Foods Ltd. pour ce qui est d'obtenir de la nourriture conforme aux règles diététiques de leur religion quoique, ici encore, je dois faire observer qu'aucun élément de preuve n'a été offert au sujet de la mesure dans laquelle il est possible d'acheter des aliments cascher chez les petits détaillants le dimanche.

(iv) *Les personnes qui observent un autre jour de la semaine*

En l'absence d'une preuve forte quant à la nature de l'observance du mercredi par les hindous ou de celle du vendredi par les musulmans, je ne veux pas, et d'ailleurs je ne suis pas en mesure de le faire, évaluer les effets de la Loi sur les membres de ces groupes religieux . . .

La preuve soumise concernant la foi islamique est encore moins suffisante.

Ce qui frappe, c'est le point jusqu'où le juge en chef pousse son analyse en ce qui concerne l'ampleur du fardeau imposé (ou de l'avantage conféré, dans une situation concurrentielle). Il semble évident que, pour qu'il y ait empiètement sur une liberté de l'article 2, l'entrave imposée à la liberté en cause doit être l'opposé de «insignifiant[e]». Si dans le langage positif «important[e]» constitue une norme trop sévère, peut-être pourrait-on dire au moins «réel[le]» ou «déraisonnable».

À mon avis, le rapport indirect entre le droit contesté et la liberté protégée doit sûrement être pertinent pour établir l'ampleur de l'entrave imposée à l'exercice de cette liberté. En l'espèce, ce n'est pas la liberté d'expression protégée qui est directement en litige mais plutôt le droit non protégé de se déplacer librement. En l'absence de considérations visant la liberté de réunion et d'association de l'article 2, une telle liberté de mouvement ne mérite la protection de la Charte que dans

to the extent that it is necessary for the exercise of the freedom of expression. Hence the use of a particular mode of transportation for conveyance to the place where information is to be gathered will be protected only to the extent necessarily incidental to the exercise of the freedom of expression. The appellants bear the burden of demonstrating this necessity, a burden which becomes heavier of accomplishment as it is more indirect. Always, the weight of the burden thought to be imposed amounts to a question of proportionality.

In the case at bar, the traditional means of access to the seal hunt was by way of boat, or, for the sealers themselves, often by walking on the ice either from land or from a boat (Transcript of evidence, vol. 1, page 46; vol. 3, page 269). In 1981 "the icepack carried the seals onto the very shores of Prince Edward Island and attracted great numbers of unskilled landsmen and thrill-seekers to join in pursuit of the quarry," the Trial Judge observed (at page 253).

The onus, as I have said, is on the appellants to establish the extent to which they were burdened by the aircraft approach limitation, which would have the effect of requiring them either to travel by boat or to land by aircraft at least half a nautical mile from the hunt (or indeed from any perceived seal on the ice). It can be assumed that this limitation would involve some degree of inconvenience for the appellants, but they must show that it is unreasonably or more than trivially burdensome. We shall never know how the Trial Judge would have weighed the factors involved, because he did not address this question. Before this Court, the respondents were careful to say that they did not concede that there had been any infringement of freedom of expression. The appellants nevertheless directed no argument to this issue, and we are left to an examination of the record, which seems to reveal only a minimum burden on them in this respect.

Their allegation (Transcript of evidence, vol. 4, page 384) that it rendered aerial photography ineffective appears trivial given the availability of ground photography once the *locus* limitation is left out of consideration. Their inability to obtain coverage from two American television networks

la mesure où elle est nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression. Par conséquent, l'usage d'un mode de transport particulier pour se rendre au lieu où les informations peuvent être recueillies ne sera protégé que dans la mesure incidente nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression. C'est aux appelants à démontrer cette nécessité, et plus celle-ci est indirecte, plus le fardeau devient onéreux. L'ampleur du fardeau que l'on croit être imposé reste toujours une question de proportionnalité.

En l'espèce, on accédait habituellement au lieu de la chasse du phoque par bateau; les chasseurs eux-mêmes s'y rendaient souvent à pied en marchant sur la glace à partir du rivage ou d'un bateau (Transcription de la preuve, vol. 1, page 46; vol. 3, page 269). Le juge de première instance fait observer (à la page 253) qu'en 1981 «l'embâcle transporte les phoques jusqu'aux rivages même de l'Île-du-Prince-Édouard et pousse un grand nombre de profanes et d'amateurs de frissons à se joindre à la chasse».

Comme je l'ai mentionné, il incombe aux appelants de démontrer la mesure dans laquelle la clause limitative relative à l'usage de l'aéronef et le fait qu'ils aient à voyager par bateau ou à atterrir par aéronef à au moins un demi-mille marin de la région d'une chasse (ou même de ce qui semble un phoque sur la glace) entravent l'exercice de leur liberté d'expression. On peut présumer que cette restriction incommode les appelants jusqu'à un certain point, mais ceux-ci doivent démontrer qu'il s'agit d'un inconvénient déraisonnable ou plus que négligeable. Nous ne saurons jamais quelle importance le juge de première instance aurait attribuée aux facteurs en cause, car il ne s'est pas penché sur cette question. Les intimés se sont gardés de prétendre devant cette Cour qu'ils n'avaient pas admis une certaine mesure d'empiètement sur la liberté d'expression, mais les appelants n'ont pas plaidé ce point. Il nous faut donc trouver la réponse dans le dossier, qui semble indiquer que le fardeau qui leur a été imposé était, en fait, minime.

Leur allégation (Transcription de la preuve, vol. 4, page 384) voulant que la photographie aérienne ait été rendue inefficace me semble négligeable, compte tenu de la possibilité de prendre des photographies au sol, abstraction faite de la clause limitative relative au lieu. Le fait que deux réseaux

(Transcript of evidence, vol. 1, page 19) is not effectively tied to the aircraft landing limitation. Indeed, their interpretation of this limitation as prohibiting landing in all circumstances where “there was a seal under a ledge of ice, there was a seal that came up on to the ice, there was a seal that was covered in snow” (Transcript of evidence, vol. 1, page 102) is in my opinion an exaggerated view of its provisions. It is not a law of strict liability, and would be satisfied by a reasonable person approach.

No doubt there were serious problems of access for the appellants, as for the sealers and government officials, but they arose rather from the nature of the site than from the regulatory limitation. The site, a shifting mass of ice in treacherous seas, is far removed from the stable land environment in which information gathering is normally carried on. The appellants were well aware of this, and even gave consideration to building a boat to “locate amongst the seals as a base for tourists to get to” (Transcript of evidence, vol. 1, page 19).

I must conclude from a review of the record that they did not establish an unreasonable or indeed more than a trivial burden on the exercise of their freedom of expression by the aircraft landing limitation.

#### IV

In the result, with respect to subsection 11(6) of the Regulations I would allow the appeal, set aside the judgment of the Trial Judge, and grant a declaration that this subsection is inconsistent with the provisions of the Charter and consequently of no force or effect.

With respect to subsection 11(5) of the Regulations, I would dismiss the appeal.

Since the appellants have had substantial success with their appeal, I would grant them costs both here and below.

MAHONEY J.: I agree.

HUGESSEN J.: I agree.

de télévision américains n'aient pas couvert leurs activités (Transcription de la preuve, vol. 1, page 19) n'a pas vraiment de rapport avec la clause limitative relative à l'usage d'un aéronef. En fait, selon moi, ils ont exagéré en interprétant cette clause restrictive comme une interdiction d'atterrir en toute circonstance là [TRADUCTION] «où se trouvait un phoque sous une saillie de glace, là ou un phoque montait sur la glace, là où un phoque était couvert de neige» (Transcription de la preuve, vol. 1, page 102). Il ne s'agit pas d'une Loi qui impose une responsabilité stricte; la preuve qu'ont été prises les mesures que prendrait toute personne raisonnable serait suffisante.

Il ne fait pas de doute que les appelants, tout comme les chasseurs et les fonctionnaires, ont eu de sérieuses difficultés d'accès, mais celles-ci ont plutôt été causées par la nature de la région en cause que par la clause restrictive du Règlement. Une masse de glace qui se déplace sur une mer dangereuse constitue un site bien différent du milieu terrestre stable où les informations sont habituellement recueillies. Les appelants en étaient bien conscients; ils ont même envisagé la construction d'un bateau qui serait placé au milieu des phoques et servirait de base aux touristes (Transcription de la preuve, vol. 1, page 19).

À l'examen du dossier, je dois conclure que les appelants n'ont pas réussi à démontrer que la clause limitative relative à l'usage d'un aéronef leur a imposé une entrave déraisonnable ou même plus que négligeable dans l'exercice de leur liberté d'expression.

#### IV

Par conséquent, en ce qui concerne le paragraphe 11(6) du Règlement, j'accueillerais l'appel, annulerai le jugement du juge de première instance et rendrais un jugement déclaratoire portant que ce paragraphe est incompatible avec les dispositions de la Charte et, par conséquent, est nul et sans effet.

En ce qui concerne le paragraphe 11(5) du Règlement, je rejetterais l'appel.

Étant donné que les appelants ont gagné une bonne partie de leur appel, je leur accorderais leurs dépens ici et au palier inférieur.

LE JUGE MAHONEY: J'y souscris.

LE JUGE HUGESSEN: J'y souscris.